國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

智慧財產的他者及其抵抗：公共園地與創意共用

The Other of Intellectual Property and Its Resistance : Public Domain and Creative Commons

黃泰然

Tai-Jan Huang

指導教授：謝銘洋博士、陳昭如博士

Advisors: Ming- Yan Shieh, Ph.D., Chao-Ju Chen, S.J.D.

中華民國 99 年 8 月

August, 2010

謝辭

「寫一本書，就像生一場大病，是個可怕而且耗費精力的長期奮戰，要不是有個無法抵抗的未知魔鬼在驅使，沒有人想要做這樣的事。」這是歐威爾在《我為何寫作》的夫子自道。歐威爾的魔鬼是政治動機，但對研究生而言，共同的魔鬼，怕是墮入「三年之後又三年」不得畢業的無間道吧！ 但是，幸好除了魔鬼，一路上有師長、朋友，還有我親愛的家人願意等我、伴我、 甚至寵我，這本論文才能在流轉的日子裡，一點一滴順利地完成，謝謝妳/你們。

當我還是政大英文系的學生時，為了要考台大的法研所，我都會到古樸的徐州路舊法學院旁聽謝銘洋老師的課程。老師還特別給我這個外校學生權限進入台大的課程系統下載講義。也許，就在謝老師騎著腳踏車來到法學院，不慍不火地在每個星期五的早上講授著作權法時，就埋下了這本論文的種子也說不定。第一次在課堂上報告論文的緒論時，老師提醒我適當的分段標題可以幫助讀者閱讀。後來寫作的過程，我發現標題不僅幫助讀者，其實也是強迫自己突顯主題。這本論文如果「開花」的程度還在控制範圍，得益於老師的叮囑實多。寫作的過程，老師給我相當大的自由，也不忘提醒我必須釐清「他者」的概念，以及對自己的主張應該要有更清楚的論述。這些對我論文的寫作和方向都有相當幫助。謝謝老師！

我也要謝謝我的另一位指導教授陳昭如老師。第一次接觸到陳昭如老師，是在台灣戰後法律史的課堂上。當我以戰後台灣的註冊審查制度為題作為期末報告的題目時，若非老師指出 Alford 的《偷書是一種稱讚》有東方主義的色彩，後來多次易稿，苦思論文方向而不可得的我，可能也不會忽然想到要從智慧財產的他者—公共園地—的角度來寫歷史。老師對智慧財產的沒有特別研究，但正因如此，她其實是這本論文最理想的讀者。 她總是在細細閱讀後，指出我隱藏在行文背後的結構和內容的問題，說她的想法和建議，在她溫暖（不只是因為不開冷氣）的研究室裡，和我討論研究方向以及寫作的經驗。

研究所一年級下學期，因為旁聽劉靜怡老師的資訊法制，接觸到了 Benkler 與 Lessig 的著作，開啟了我對智慧財產的研究的興趣。一路以來，老師對我多所照顧。甚至在知道我的論文方向後，有一學期的課程還是以 James Boyle 的 The Public Domain : Enclosing the Commons of the Mind 為讀本。特別感謝老師在 ELSI 公費留學的口試前，介紹邱文聰老師給我認識。論文口試時，老

師不僅指正了我不少格式上的問題，也憑藉著豐富的學養，給了我很多寶貴的建議，讓我知道論文可以改正的方向。謝謝老師！

莊庭瑞老師是台灣創用 CC 計畫的主持人，很高興老師答應擔任我的口試委員。 不僅提供許多有用的資料和文獻給我，老師的意見也啟發了我後來論文的修正方向。 這本論文關於創意共用的部份內容，也將發表台灣創用 CC 計畫的專題研究獎助計畫，謝謝老師給我這個機會。

我要謝謝馮建三老師對素未謀面的我的鼓勵，以及一路上在不同階段教導我、照顧我與啟發我的黃源盛老師、李崇禧老師、 王泰升老師、蔡明誠老師、廖義男老師、李治安老師、伍軒宏老師、藍亭老師。最後，特別感謝邱文聰老師在我準備公費口試時的幫忙。

謝謝慕嘉幫我在時間緊迫的最後，一口答應幫我整理參考資料（雖然立刻就怯生生地問我註腳不會超過六百個？但空頭支票已開，來不及了！），花了好幾個夜晚與註腳奮戰。 柏強、 文茵就 CC 部份提供的意見，還有若平提供的張大春的文章，都讓這本論文增色不少。佳蓉、 湘怡、 芷茵一直以來的關心，以及佑誼與我分享的論文寫作經驗，給了我完成論文的動力。 體貼的靜雯每次總是不敢問我的論文進度，怕刺激到我。 謝謝兆恬對我的論文的評論，還有士翔的寶貴建議，以及論文互助會上的人豪、詠華、政佑、伊倫的意見。采文在這幾個月，一力接下教育部 CC 計畫的工作，讓我可以有更多時間寫作，是這本論文的幕後功臣。而和慕嘉、瑀嫻、建良、燁峰、青燕、密蜜、佳穎、含嬪、于玲一起到台灣各地推廣 CC 與出遊的日子，無論是日月潭的湖光、 馬祖的日落、台南的古蹟、澎湖的海風、花東縱谷的連綿山巒，想來都是青春裡不會褪色的風景。和佳蓉、牧珏、梁正 汝憬、黃聖、威良、俞仲、俊瀚、琬珺同窗的日子；與芷茵、 靜雯、 兆恬、 明均、 彥超在 317 一起度過的快樂時光，則為我台大這段的人生樂章，譜出難忘的輕快小步舞曲。

最後，對陪伴、支持與驕寵我的妮妮、 弟弟、 爸爸媽媽，我只有說不出但卻又道不盡的感謝與親愛。

2010 盛夏 窗外天光漸曦

本著作採用創意共用「姓名標示」3.0 版台灣分享

摘要

在智慧財產的圈地浪潮下，創意共用（creative commons）被許多公共園地（public domain）的支持者認為是拯救與擴大公共園地的行動方案。一手促成創意共用的 Lawrence Lessig 更以為創意共用授權在技術上雖然沒有擴大公共園地，但這種展示分享的「實質公共園地」，將有助於自由文化的實現。儘管如此，不少論者指出以智慧財產為基礎，強調作者自由選擇的創意共用授權，反而是深化了財產權的意識，從而鞏固了 Lessig 所反對的允准文化。 究竟，創意共用是對智慧財產的抵抗還是認同？是促長了自由文化，還是允准文化？就此問題的回答，本文嘗試以在文化研究與後殖民研究中，常見的「論述」（discourse）與「他者」（the other）的理論概念，透過批判性的歷史檢視，去看見創意共用它所抵抗與認同的對象---智慧財產論述。 本文認為透過此種取徑，我們將可以更清楚地了解創意共用與智慧財產論述的關係，乃至其與過去抵抗策略的相同與差異，從而在歷史的縱深下，去思考可能的方向。

首先，本文會以英美的歷史發展為經，去探討智慧財產論述的形成過程以及其特色與作用。 本文認為自安妮法案，這個一般認為是第一個保障作者的著作權法開始，其所提示的其實是書商或者後來的資本家，如何透過環繞在「作者」形象上的論述，去正當化其就智慧財產的權利/力行使。這些論述往往是矛盾與斷裂的，但就其服務於資本家的利益而言，卻是必要的。 思想與表達的公共與私有的二元區分，也有同樣的功能。 而作為智慧財產的他者，公共園地則被描繪為知識的荒原，從而證立了智慧財產的必要性。

在批判性地檢視西方智慧財產論述的發展與作用後，本文將討論戰後台灣註冊審查制度的發展。此一註冊審查制度在戒嚴時期的台灣，屬於輔助性的言論管制。而訴諸智慧財產論述中私有財產權利的講法，是註冊審查制度在 1985 年可以改為創作取得主義的主要推力之一。 但是，智慧財產論述的移植與深化，也使得公共園地成為權利的他者，成為一個因為沒有人「所有」，所以不能被確認之訴確認存在的「荒地」；而在美國八零年代堅持將進入公共園地的「十年舊

片」，重新予以著作權保護的例子中，我們也可以發現錄影帶業者即使感覺到他們的「權利」被侵害了，但進入法律的語言，他們只能訴諸法安定性與國法尊嚴的民族情感，反而是圈地者可以主張個人權利的保障應從新從寬。

此外，從西書翻印與電腦軟體著作權保護的兩個案例切入，我會討論「抵抗中的認同」與「認同中的抵抗」兩種現象。在智慧財產與公共園地的文明/原始、進步/落後、開發/未開發、繁榮/荒涼、秩序/海盜二元對應的演化關係中，公共園地被看做落後、野蠻與原始的他者，而智慧財產則是先進、法治與現代的理想的我。戰後台灣的一些「抵抗」論述，其成立前提反而是「認同」此一二元對應關係---主張台灣還屬「落後」國家，因此「先進」國家如美國的法律，尚不適合台灣「國情」。另一方面，因為智慧財產論述的內部存在著許多潛藏的矛盾與緊張。因此，在逐漸熟悉西方智慧財產理論的台灣，也開始有論者，在「認同」智慧財產論述內的法理前提下，「抵抗」美國等西方中心國家所排定的議程。

發源於美國的創意共用授權，與智慧財產論述之間，同樣也有複雜的認同與抵抗關係。本文認為就中介人與作者的利益矛盾而言，創意共用採取的即是在「認同」作者權利下，予以拆解的「抵抗」策略；但是，此種「認同中的抵抗」，因為創意共用未從內部重新想像智慧財產，反而是複製的智慧財產論述的話語，因此很容易變質為「抵抗中的認同」，特別是在缺乏由下而上的運動力量的台灣，更係如此。因此，本文嘗試從「文化景觀裡互相依賴的參與式作者」（inter-dependent participative authorship in cultural landscape）的理念出發，提出「文化共用財產」（cultural common property）的概念，重新省思創意共用與資訊環保運動的定位與未來。

關鍵字：創用 CC、著作權、他者、論述、資訊環保運動、公共領域、西書翻印、海盜、電腦軟體、作者、原創性、思想/表達二分法、現代性

Abstract

Facing the expansion of intellectual property in the late twentieth century, supporters of public domain often viewed creative commons licenses as a private action to resist the second enclosure and build their own public domain. Lawrence Lessig, founder of creative commons, defined creative commons as an “effective public domain” that aims to realize the vision of free culture. However, some scholars and activists have criticized the fuzziness of creative commons' ideology. From their point of view, creative commons is more like a copyright license than a public domain, a submission to property discourse than a subversive resistance. In this dissertation, I explored this issue through the concepts of “discourse” and “the other” borrowed from critical studies and post-colonial theory. Specifically, I analyzed the texts of “intellectual property discourse ” in a critical historical approach. In this way, we might have more insight about the relationship between creative commons and intellectual property discourse.

By exploring the formation and development of intellectual property discourse in England and U.SA., I pointed out its function in soothing the anxieties of intellectual property rights holders, who more likely be capitalists than creators, and its structural embedded contradiction. Specifically, although “original genius” as an idea image of authorship repeatedly emerges when it come to the justification of proprietor exclusive and despotic power over its private property, to be a proprietor of an “original ” work only needs to be a copier with bad eyesight who is incapable of making a perfect copy. The dichotomy of “private” expression and “public ” ideas also plays a same role in soothing the anxieties of intellectual property rights holders while continually expanding the scope of their rights. In addition, the other of intellectual property---public domain— becomes an synonym of knowledge wasteland and commons of tragedy in which everyone suffers. This provides a further justification for the institution of intellectual property.

Under the rule of Kuomintang government before it lifted its martial law, Taiwan's Copyright registration system, in which creators need to register its work to

acquire copyright, had long be an content-based speech regulation. Although we may doubted its significance in regulating speech compared to publication law, it seems that to some degree government regarded speech with a copyright “license” as a symbol of lawful speech. Instead of arguing from the perspective of free speech, lawyers, scholars and “Copyright Owners Association of Republic of China” tended to invoke intellectual property discourse. They argued that owing to the fact that copyright is a natural right, the copyright registration system unduly limited property rights secured by Constitution. In 1985 Copyright Act, Taiwanese work no longer need to registered to acquired copyright. Although intellectual property discourse played an vital role in this legal reform, it also reinforced the status of public domain of being the other. Because no one has a exclusive right over public domain, the Taiwan High Court think it is unnecessary to confirm its legal status. Furthermore, when U.S.A. demanded Kuomintang government to let their public domain movies regain copyright protection by applying new copyright act's copyright duration, the activists who against this proposal couldn't appeal to rights discourse because they had “no rights” in public domain work.

In addition, from the two case studies, unauthorized books and computer programs in Taiwan, I argued there are two notable phenomenons when it comes to the resistance to of intellectual property discourse : submission in seemly resistance and resistance by acknowledging some elements of intellectual property discourse. In intellectual property discourse, the dichotomy between public domain and intellectual property also represents an evolution from barbarian to civilized, lawless to order, undeveloped to developed . In this vein, some “resistance” in Taiwan premised on this linear evolution theory, arguing the “modern” intellectual property law is too early for undeveloped and primitive Taiwan to adopt. On the other hand, owing to the fact that there are structural embedded contradiction in intellectual property discourse, we could see some lawyer and scholars who were familiar with intellectual property discourse, adopted a subversive strategy by acknowledging some elements of intellectual property discourse.

We could also see this complex submission and resistance relationship between creative commons and intellectual property discourse. By acknowledging the primacy of “author,” creative commons regarded itself as a tool to replace the intermediaries.

However, there are some pitfalls in this strategy. Without re-imagine the idea of authorship, instead of voicing out dissents and alternatives, creative might replicate the intellectual property discourse, especially in Taiwan where creative commons is more like a promotion aided by government than a grassgroots movement. Thus, in this dissertation, I propose an concept of "cultural common property" in the lens of "inter-dependent participative authorship in cultural landscape" to rethink the future of creative commons and information environment movement.

Keywords: creative commons, copyright, the other , discourse, information environment movement, public domain, unauthorized Books, piracy, computer software, author, authorship, originality, idea/expression dichotomy, modernity

內容目錄

第一章 緒論........1
第一節 研究緣起........1
第二節 文獻回顧........3
第一項 公共園地、殖民與經濟發展........3
第二項 （再）發明公共園地........6
第三項 是敵或友？財產權與公共園地的敵我情結........9
第一款 自由？控制？創意共用與財產權意識........9
第二款 反財產權 v. 反反財產權........11
第四項 台灣的公共園地與創意共用研究........13
第三節 問題意識與概念方法........15
第一項 研究意義與問題提出........15
第二項 論述、他者與抵抗的理論概念........18
第三項 考掘歷史的批判研究........22
第四項 研究素材與研究限制........25
第四節 章節架構........26
第二章 西方智慧財產論述的建立---以英美的發展為中心........28
第一節 安妮法案與書商權法：從獨占到作者財產的受讓........28
第一項 智慧財產的前世: 實體財產、出版檢查與貿易管制........28
第一款 實體財產與書籍製作者........28
第二款 政府與書商公會的合作：出版檢查與貿易獨占........29
第二項 執照法案的終結：Locke、 買書人與知識學習........31
第三項 安妮法案的誕生 ：作者與受讓人的正當權利........33
第一款 執照法案的終結與出版自由的肇始........33
第二款 書商與作者的結盟：正當所有人的財產........35
第三款 有限權利期間與模糊的權利客體........38
第四款 作者權？書商權？........39
第二節 智慧財產及其他者的誕生與建構........40
第一項 智慧財產的他者的誕生........40
第一款 知識的無主地與租用地：荒蕪/華廈的二元對應........40
第二款 原創天才---作者的理想自我與公共園地的離異........43
第二項 智慧財產的誕生：公共的「思想」與私有的「表達」........46
第一款 無體智慧與實體書籍的分離........47
第二款 無體智慧成為財產的兩個難題........48

第三款 私有表達與公共思想 ：個人原創、心智勞力以及公共/私有的二元對立......49
第四款 智慧財產客體利用行為的公私定性：通往私宅的鑰匙......56
第三項 反獨占論述與作家的報酬......58
第一款 反獨占論述與有限期間的著作權......58
第二款 作家的光榮與報酬......60
第四項 小結......64
第三節 西方智慧財產論述的發展與深化......67
第一項 文明的海盜：獨立、美國與公共園地......67
第一款 公共園地與國家文學......67
第二款 「在文明國家之中」的海盜......71
第二項 作者、交換價值與思想/表達的重劃......75
第一款 原創天才的權利與工具主義的公共利益......75
第二款 從印刷權利到私有財產 ：著作的交換價值......77
第三款 思想/表達的重劃......82
第四款 原創作者的諸面貌：複製者、勞工與企業家......85
第五款 小結......91
第三項 智慧財產的公共園地......94
第一款 財產權理論的共用地悲劇：從落後到發展的自然進化......96
第二款 無人照護的公共園地：失去財產權人的孤兒......99
第三款 小結......102
第四項 智慧財產與言論自由 ：思想/表達的二元公私劃界......103
第一款 公共的「思想」市場與私有的個人「表達」......103
第二款 公共/私有的二元建構下的合理使用......107
第三款 誰的「傳統」？......108
第四節 看見智慧財產權人的正當性焦慮......110
第三章 戰後台灣西方智慧論述的移植：從言論管制到專有排他的私有財產. 114
第一節 戰後台灣著作權法之註冊審查制度......115
第一項 國民政府 1928 年著作權法的制定及其嗣響......115
第一款 註冊審查制度的採行......115
第二款 顯違黨義的審查標準......117
第二項 著作權註冊制度的內容審查標準及其運作......118
第三項 低落的著作註冊比例及可能原因......121
第四項 輔助性的言論管制：註冊言論與合法言論......125
第二節 從註冊審查到創作取得：作者的財產權保障......128
第一項 從利益到權利......128
第二項 創作取得主義之立法：作者先於國家存在的財產權利......131

第三項 去言論管制？......136
第三節 專有排他權利之外的公共園地......138
第一項 保護 v. 限制：個人權利的他者......138
第二項 不能被看見的荒地：公共園地與消極確認之訴......139
第三項 國法尊嚴 v. 個人權利---「十年舊片」的圈地與抵抗......142
第一款 台美著作權談判與電影片的回溯保護......142
第二款 公共園地的權利？個人智慧財產的權利！......144
第四節 小結......148
第四章 抵抗中的認同、認同中的抵抗-- 戰後台灣對智慧財產論述的回應......150
第一節 西書翻印與外國人著作......152
第一項 清末與戰前中國的中美通商條約：美國人著作的保護條件......153
第一款 中美續議通商行船條約的簽訂......153
第二款 中美友好通商航海條約的簽訂......153
第二項 在道德與法律之間--- 合法的翻印？非法的竊盜？......155
第一款 大英百科全書的翻印......155
第二款 西書輸出的爭議......158
第三款 美國人著作的國民待遇保護......159
第三項 在原始與現代之間--- 文化、著作權與開發中國家......163
第一款 六零年代西書翻印的文化論戰......163
第二款 開發中國家的外國人著作保護......165
第二節 經濟發展與電腦軟體的著作權保護......169
第一項 資訊科技產業的貿易戰爭......169
第二項 智慧財產論述的知識分類--電腦軟體是著作權的客體嗎？......171
第一款 電腦軟體---廣義的文字著譯......171
第二款 電腦軟體與個人情感的表達......172
第三款 智慧財產制度的全球化--美國的議程......175
第三項 在落後與先進之間：仿冒/效、電腦軟體與經濟發展......177
第三節 現代觀念與智慧財產：創造力與使用者付費......181
第四節 小結......184
第一項 認同中的抵抗：在智慧財產論述的裂隙中抵抗......184
第二項 欲拒還迎--抵抗中的認同......186
第一款 他者與理想的我：傳統文化與現代文明......186
第二款 對於二元對應關係的簡短省思......188
第三款 欲拒還迎的抵抗......190
第五章 抵抗與順從：智慧財產論述與創意共用......194
第一節 創意共用授權的起源與發展......195
第一項 美國創意共用組織與創意共用授權的源起......195

第一款 公共園地與「抵抗著作權」..195
第二款　創意共用授權的風行...197
第二項　公共園地的復興和抵抗...198
第三項　邁向國際的創意共用授權..200
第四項　運動？推廣？台灣「創用 CC」的發展..202
第二節 在拆解與鞏固之間：智慧財產論述與創意共用.....................................205
第一項 作者、中介人與創意共用授權..205
第二項 與智慧財產論述共謀？創意共用授權與財產權意識....................209
第一款 貌合神離---自由文化與創意共用授權.......................................209
第二款　作者的「自由」文化：工具、私有財產與創意共用授權.......213
第三款 收編與再現：智慧財產權宣導教育與創意共用授權................219
第三項　空洞的勝利？創意共用授權與智慧財產論述..............................226
第一款　創意共用授權與中介工具...226
第二款　改革路迢迢？智慧財產權意識的強化......................................227
第三款　第三條路？ 智慧財產的管理之「道」.....................................229
第三節 從智慧財產到文化共用財產：資訊環保運動的未來.........................232
第一項　「制度性分析與發展框架」及「反共用地悲劇」的一些省思....232
第一款　智慧財產與公共園地：文化共用資源的「預設」與「自然」環境？
....232
第二款　過猶不及的智慧財產：反共用地悲劇的意義與侷限..............236
第二項 再發明財產---資訊環保運動的下一步...240
第一款 再發明財產的必要..241
第二款 文化景觀裡互相依賴的參與式作者---文化共用財產芻議........242
第三款　對創意共用組織的一些建議...248
第六章　結論 250

參考文獻..259

圖目錄

圖一 : 創意無國界 部落客大聲說　圖片來源：聯合新聞網數位資訊.....................1

圖二：八零年代反仿冒海報..181

圖三 經濟部智慧財產權局 2008「智慧活力．秀出創意」保護著作權創意宣導海報設計競賽大專組第一名..222

圖四：自己的權益，自己秀出來！請支持創用 CC 授權標章............................222

圖五：班大貓—話創用 CC (部份) …..224

圖六 ： 熟悉的財產權區分..237

圖七 ： 財產權的疑問..237

圖八 ： 完整的財產權光譜..237

圖九 ： 文化共用財產的四種權利..246

表目錄

表一： 出版圖書與已註冊圖書對照表 1950-1984..122

表二 ： 1953-1984 台灣外文書籍核准註冊件數...156

表三 ： 2003-2009 年終創意共用授權著作總數(百萬單位)................................197

第一章 緒論

第一節 研究緣起

> 有鑑於網路部落格侵權問題嚴重，經濟部智慧財產權局昨（16）日邀請國內四大部落格平台：無名小站 、Yam 天空、 Xuite.net 與 Pixnet 痞客幫，宣誓保護著作權，並全力推動著作權人使用「創用 CC」標誌，避免侵權。
>
> 經濟日報[1]

「創意共用」（台灣多譯創用 CC，原文為 creative commons）是源自於美國，後經由中央研究院資訊科學研究所引進的公眾授權契約，[2]藉由著作權人的自願授權，希望以凝聚私人力量的自願行動來打造心智的「公共園地」[3]（public domain）。智慧財產權局與部落格業者合作推動創意共用，對許多創意共用的參與者而言，原本值得欣喜，因為這表示更多部落客會接觸到



智慧局長王美花（右二）與四大部落格平台代表一同灌溉保護著作權的種子，象徵期盼保護著作權的種子萌芽、茁壯。(PChome／提供)

圖一：創意無國界 部落客大聲說
圖片來源：聯合新聞網數位資訊

---

[1]〈創用 CC 標誌 保護著作權利器〉，《經濟日報》，2008 年 9 月 17 日，第 A15 版，http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_ART_ID=149311 (最後拜訪日 2010/08/09)。

[2]讀者可能對創意共用授權有點陌生，對其法律上的要點簡要說明如下：它是一種以「不特定人」為對象的公眾授權契約，其效力直到作品的著作權年限屆滿為止，且不可撤銷。 核心的四種授權條件為「姓名標示」、「非商業性」、「禁止改作」、「相同方式分享」。在 2.0 版以後，因為「姓名標示」是必備的條件，而「禁止改作」與「相同方式分享」不能併存在同一個授權條款(相同方式分享允許改作，但要求改作後的衍生著作必須採用相同的授權方式)，所以總共有六種核心授權條款：「姓名標示」、「姓名標示-非商業性」、「姓名標示-相同方式分享」、「姓名標示-非商業性-相同方式分享」、「姓名標示-禁止改作」、「姓名標示-非商業性-禁止改作」。任何人只要遵守這些授權條件，不必再另外取得著作人的同意，都可以自由使用這些作品，上述所有的授權條款都允許非商業性的重製、如果授權條款不包含「禁止改作」的條件，則任何人都可以自由改作。創意共用授權僅就著作財產權為授權，不影響著作人格權，也不會影響合理使用等著作權法上的自由。詳細介紹參黃泰然等編，《認識創用 CC 授權》(台北：教育部，2010 年 5 月)。

[3]一般台灣最近的譯名是「公共領域」，但這會與哈柏馬斯的「公共領域」（public sphere）的概念有所混淆，所以我不採用這樣的譯法。

創意共用，更多的資源將以創意共用的方式分享。但是，當我看到這則新聞時，心底卻是五味雜陳。

創意共用是仿自與著作權（copyright）背道而行的「著佐權」（copyleft）。著作權右傾，著佐權左行。創意共用的誕生，源自於對著作權失衡保護的不滿，CC 一詞的前身甚至原有「抵抗著作權」（counter copyright）之意。[4]因此，當斗大的新聞標題將「創用 CC 標誌」等於「保護著作權利器」，認為「部落格侵權嚴重問題嚴重」，要一起「灌溉保護著作權的種子」時，除了無言，也令我感到相當諷刺。

研究所一年級下學期時，因緣際會參加了台大國家發展研究所劉靜怡教授主持的計畫。計畫內容是關於創意共用在中小學教育的推廣和諮詢。由於計畫的緣故，我們會去各縣市的學校向中小學老師推廣創意共用授權。在幾次的活動後，我發現雖然是在推廣「創意的共用地」（creative commons），但我們卻無法不從「創意的私有地」--著作權--談起。而在推廣創意共用的過程，為了避免讓老師身陷囹圄，我們一再告誡：只有著作權人才能決定他/她的作品是否要採用創意共用授權！但是，為什麼一個旨在保護公共園地、鼓吹「自由文化」（free culture）的運動，我們卻非得強調作者對其作品「控制」的「允准文化」（permission culture）呢？而我後來越益覺得不安的是：為什麼創意共用的標語是「保留部份權利」（some rights reserved），而這權利不是使用者的權利，也並非創作者的自由，卻是著作權人專有排他的財產權？

資本主義的歷史巨輪仍在轉動，如果不作螳臂，創意共用是否只能「挽著」著作權一起向右跑呢？

---

[4]DAVID BOLLIER, VIRAL SPIRAL : HOW THE COMMONERS BUILT A DIGITAL REPUBLIC OF THEIR OWN 96 (2008).

第二節 文獻回顧

第一項 公共園地、殖民與經濟發展

「公有地」（public domain）作為法律名詞，在美國法一開始並非用於智慧財產的脈絡，而是指十八、十九世紀時，那些既不屬於州政府，也不為私人所有，而由聯邦政府所有的土地。[5]這些公有地，部份是美國聯邦政府從北美十三州受讓而來，部份是其向外國政府所購買，也有一部分是自美洲原住民部落的手中直接取得。在 *Johnson v. M'Intos*（1823）一案，美國最高法院創設了「發現原則」（discovery doctrine），認為歐洲主權國家作為土地的「發現者」才是這些土地的所有權人，而非印第安人，而原住民因為占有土地的事實享有的有限權利，也只可以讓渡給現在的主權者美國聯邦政府，不能轉讓給任何人。[6]十九世紀美國正在向西部「前線」（frontier）殖民，趕走土地上野蠻的「他者」印地安人，[7]將公有地的所有權授予在這些土地拓居墾荒的白人，是美國聯邦政府鼓勵白人移民，開發大西部的重要手段。1862 年的「拓居法案」（Homestead Act）也是同樣思考的立法。[8]依據該法，拓居者只要向聯邦政府提出申請後，有開發該土地的事實，並繳交少量的費用，就可以取得公有地的所有權。除了將公有地授予給拓居者外，聯邦政府也會將公有地移轉給鐵路公司，作為其建築鐵路的補助，因為鐵路的建築有助於白人的拓居以及經濟的發展。[9]

大約是 1890 年代初期，在最後的「拓荒者」挺進奧克拉荷馬州的印第安區域（Indian Territory）後，美國地理上的「前線」（frontier）已不存在。[10] 公有地

---

[5] Public Domain (land), http://en.wikipedia.org/wiki/Public_domain_(land), Wikipedia (last visited 2010/06/10)

[6]*Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823) 有關該案的詳細歷史及影響，可參 Lindsay G. Robertson, Conquest by Law : How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands (2005).

[7]Talk：Indian Removal, http://en.wikipedia.org/wiki/Talk:Indian_removal , Wikipedia (last visited 2010/06/10); Indian Wars Time Table, http://www.u-s-history.com/pages/h1008.html (last visited 2010/0610); Andrew Jackson, http://en.wikipedia.org/wiki/Andrew_Jackson, Wikipedia (last visited 2010/06/10）.

[8]See Lawrence M. Friedman, A History of American Law 311-313 (2005).

[9]*Id.* at 311.

[10]Westward movement, http://search.eb.com/eb/article-9076700, Encyclopedia Britannica Online (last visited 2009/12/7)

的政策也開始逐漸從移轉給私人作為經濟發展的手段，轉變成由聯邦政府永久管理與保育。[11]不過，1896 年「公有地」在美國法中被賦予了另外一個新的涵義，美國最高法院第一次在專利與商標的脈絡下，使用「公共園地」(public domain)一詞指涉專利權存續期間經過的發明。[12]在這之後，公共園地的用語陸續被各級法院用於智慧財產權的案件。[13]二十世紀末，在美國地理上的前線已消逝百年之後，美國又出現了新的「前線」，只不過這次主角不再是地理上的疆界，而是沒有「空間」的網際「空間」（cyberspace），Public Domain 又再一次在空間的殖民與抵抗中躍居要角。[14]

九零年代的美國，因為柯林頓政府與副總統高爾在 1992 年的競選政見，「資訊高速公路」（information superhighway）成為當時網際網路的流行隱喻。但是，要如何「把車子放到公路上」，讓內容產業願意「拓居」到這個新西部，避免網際網路成為荒涼而沒有內容的「空間」，而可以實現付費點選「互動」頻道以及「天空音樂盒」的願景，從而帶動美國的經濟發展呢？一些論者認為解決之道在於讓作者「坐上車子的駕駛座」，賦予與其權利讓其控制其作品在資訊高速公路的方向與流量，因為複製與傳輸成本低廉的願景固然誘人，但前提是必須有作者願意把作品放到「資訊高速公路」，而這非有控制不以為功。[15]同樣的思維也出現在以美國商務部智慧財產秘書處的 Bruce Lehman 為首，由柯林頓政府的工作小組在 1996 年擬定的《智慧財產與國家資訊基礎建設》（俗稱白皮書）的報告上。[16]1997 年美國國會反應了部份白皮書的建議，通過了「數位千禧年著作權法」

---

[11]Public Land, http://ea.grolier.com/article?id=0323720-00, Encyclopedia Americana Online (last visited 2009/12/07).

[12]*Singer Manufacturing Co. v. June Manufacturing Co.* 163 U.S. 169 (1896).

[13]See Tyler T. Ochoa, *Origin and Meanings of the Public Domain*, 28 U. Dayton L. Rev. 215, 239-246 (2003).

[14]類似的隱喻在美國網路管制與著作權法的辯論中，相當常見。例如，Jessica Litman 使用「殖民」來描述著作權法對網際網路與數位科技的控制，參 Jessica Litman, Digital Copyright 89-100 (2001).在網際網路管制的討論中，前線與西部一直是美國論者的重要隱喻。許多認為網路社群應該有自己的法律和治理方式的學者，便是認為網路的「拓居者」不應該受到「東岸」統治者的限制。將這段歷史和網路管制作巧妙結合的作品，可參 David Post 的作品，David G. Post, In Search of Jefferson's Moose: Notes on the State of Cyberspace 163-186 (2009). 值得一提的是，美國相當重要的網路隱私權與著作權的非營利團體 EFF，其全名正是「電子**前線**基金會」（Electronic Frontier Foundation），參 http://www.eff.org/ (last visited 2010/07/02).

[15]Jane C. Ginsburg, *Putting Cars on The "Information Superhighway" : Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*, 95 Colum. L. Rev. 1466, 1467 (1995).

[16] *Intellectual Property and the National Information Infrastruture : The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (Wahshington, D.C. : Information Infrastructure Task Force. 1995), 201-210, available at http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ .

（Digital Millennium Copyright Act）處罰規避「科技保護措施」的行為和規避程式的提供者，利用著作的行為本身是否構成「合理使用」，在所不問。資料庫業者也開始嘗試遊說美國國會立法保護資料庫，因為這些原本是公共園地的事實或法院判決，經過他們的「開發」後，應該讓他們享有財產權（就像 1862 的拓居法案的作法）。[17]美國電影協會（Motion Picture Association of American, MPAA）的主席 Jack Valenti 在國會聽證會上也表示「公共園地的作品是個孤兒」，沒有著作權的保護會讓每個人都可以剝削該作品，使其「不復原本豐饒」。[18]而在內容產業的遊說下，美國國會於 1998 年通過了「索尼博諾著作權存續期間延長法案」（Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Sonny Bono Act, 下稱 CTEA），溯及既往地延長作品的著作權存續期間，原本即將「落入」公共園地的作品，至少必須再等到 2019 年。2003 年，美國最高法院認定 CTEA 合憲，認為該法案沒有違反美國憲法著作權必須是「有限期間」的規定，也沒有違反第一增修案。[19]同年，知名法官 Richard Posner 為文建議不再受著作權保護而為人「遺忘」的公共園地作品，若因為內容產業的「發現」（discovered）而「重生」（revived），應該要讓內容產業取得對該作品的著作權，就像「無主物的發現者可以對該物享有所有權」一樣，以確保開發公共園地的誘因。[20]

不過，可想而知的是，不是所有網路的使用者都願意接受這樣的管制，Shawn Fanning 出生在 1980 年，在他十八歲那年，為了讓他可以更方便地和大學的朋友「分享」音樂檔案，他撰寫了一個點對點程式（peer-to-peer）---Napster。Napster 大受歡迎，但很快地，音樂產業採取了回應，不僅嘗試將 Napster 和「蘇維埃共產主義」相連結，[21]也向 Napster 提起法律訴訟。2001 年，Napster 因為著作權的「輔助侵權」（contributory infringement）而敗訴後，因為無法履行「監控」使用者是否有從事違法行為的要求，將其主機永久地關閉。至此之後，點對點分享

[17]截至目前為止，這方面的遊說在美國並未成功，但是歐盟在 1996 已經立法讓資料庫的建置者對資料庫有專有排他的權利。

[18]Copyright Term Extension Act: Hearing on H.R. 989 Before the Subcommittee On Courts and Intellectual Property of the House Committee on the Judiciary, 104th Cong. (June 1, 1995) (testimony of Jack Valenti, Motion Picture Association of America).

[19]*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

[20]Richard A. Posner & William Landes, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 (2003).

[21]這是華納音樂執行長 Bronfman 所發表的意見，See Williams Patry, Moral Panics and The Copyright Wars 1 (2009)(citation omitted).

程式前仆後繼，這場 Jack Valenti 口中所要剷除的美國國內的「恐怖份子」[22]的著作權戰爭（copyright wars) 在美國的「新前線」煙硝四起，至今未歇。

第二項　（再）發明公共園地

在美國並非所有的論者都贊成前述為了經濟發展，必須將公共園地私有化的「圈地」思維。法學教授 Pamela Samuelson 在《連線雜誌》（Wired）便批評柯林頓政府白皮書的內容，只著眼於著作權產業的利益，卻讓大眾因而付出代價。[23] 有趣的是，Samuelson 教授雖然使用了「圈地」的隱喻來描述白皮書的態度，並且批評白皮書中網路服務業者必須對其使用者侵害著作權的行為負嚴格責任之建議，與土地所有人無須對其承租人的不法行為負責的法律原則並不相符，但通篇文章並沒有出現「公共園地」一詞。事實上，公共園地在 Samuelson 撰寫該文時，並不是一個被普遍接受的具有價值意義或分析框架的概念，反而比較趨近於法律上的「技術」名詞。而基於連線雜誌的讀者群不是法律專業者，Smauelson 教授不提公共園地，而以土地所有權人與承租人這個一般人都能理解的例子作為論證，並不值得訝異。Julie Cohen 教授就指出在九零年代中期以前，公共園地的概念及其意義，幾乎沒有受到政策制定者的注意。[24]

在九零年代中期以前，公共園地的討論幾乎只限於法律期刊，[25]而且在學術圈內也沒有得到很大的重視，甚至有論者認為討論公共園地的「理論」並無意義可言。最早開始認知到「公共園地」的意義者，一般咸認是 David Lange 教授 。Lange 認為由於智慧財產完全缺乏實體，無法為人類感官所認知，但又可以在

[22]See Jon Logie, *A Copyright Cold War ? The Polarized Rhetoric of the Peer-To-Peer Debates*, http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/1064/984 First Monday (July. 2003) (last visited 2010/06/11).
[23] Pamela Samuelson, *The Copyright Grab*, http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html , WIRED (Feb. 1996) (last visited 2010/07/12).
[24]Julie E. Cohen, *Copyright, Commodification, and Culture : Locating the Public Domain*, *in* THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN : IDENTIFYING THE COMMONS IN INFORMATION LAW , 133 (P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault ed., 2006).
[25]兩篇最常被提及的早期文獻是：David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROB. 147 (1981). Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965 (1990).

每個人的心智無限制地再現，因此其邊界範圍比起動產和不動產，不僅本質上是假設性的，而且不可避免地難以劃界；因此，他認為智慧財產的保護，為了反應其概念的不精確以及可以無限重製的特性，應該有兩個基本原則必須被認知：首先，智慧財產的理論應該要在其邊界留有類似「無主地」（no man's land）的事物，有疑慮的侵權案件應該總是為被告有利的判斷；其次，除非對「相反概念」（conceptual opposite）有所認知，不應該肯認任何專有排他利益的權利。[26]不過，Samuel 教授對這樣的「理論主張」並不表贊同，他認為公共園地不過就是智慧財產保護的「反面」（negative）跟「背景」（background），如果認為智慧財產權的保護因為過於擴張而失去平衡，應該是要在個別的脈絡下討論其問題，因為其它們各有不同的政策考量。[27]「將一個反面具體化，並且想像一個公共園地的『理論』，到底可以得到什麼呢？」[28]Samuel 如此質問。

James Boyle 是柯林頓政府白皮書主要的批評者之一，他認為白皮書的問題不僅在於柯林頓政府覺得這些議題僅與內容產業相關，還「在於絕大多數的白皮書政策的支持者是**如此真誠地深信其論證**，使得他們認為任何對其立場的批評都是不信上帝的共產主義，或者嬉皮的數位無政府主義」。[29]白皮書發表後的隔年 1997，James Boyle 寫了一篇《智慧財產的政治：網路環保主義？》，認為智慧財產權的擴張—心智的圈地運動—與現有的概念與分析架構有關。因此，他主張我們必須「發明」公共園地，就像環保運動在六七零年代需要發明「環境」（environment）一樣，因為新的概念的發明，不僅有助在狹隘的私人財產思考下「消失」的結構性問題被發現，也可以提供我們理論分析的架構。他也認為「公共園地」概念的發明，得以讓原本分散毫無關聯的人，因為該概念而有了共同利害關係，從而得以相互結盟以進行政治上的反抗。[30]在 2003 年的另一篇文章《第二次圈地運動與公共園地的建構》，他進一步回應了 Samuel 教授的質問，認為除了上述的功能外，公共園地本身也是個修辭概念，就像「環境」可以賦予討論道德上的力量一樣，公共園地也可以用來抵抗同樣是涵義複雜與修辭力量的「進

[26]Lange, *supra* note 25 at 147-150.
[27]Edward Samuels, *The Public Domain in Copyright Law*, 41 JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY, 137-150 (1993).
[28]*Id.* at 150.
[29]JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN : ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND 59 (2008). 粗體為本文所加。
[30]James Boyle, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, 47 DUKE L. J. 87, 108-112 (1997).

步」、「成長」與「現代化」。[31]

1998 年美國國會通過了 CTEA 後，公共園地忽然成為了公眾注目的焦點，反對力量迅速集結。[32]隨著 Eric Eldred 以身試法挑戰 CTEA 的合憲性，公共園地也引起美國輿論與大眾的注目。前述 James Boyle 的提議受到許多學者的重視，原本備受冷落的「公共園地」，相關研究一時如雨後春筍迅速累積。[33]事實上，公共園地的面貌已經越益複雜，根據 Samuelson 教授在 2005 年的歸納，當時至少已經有十三種不同涵義的公共園地，各有其論述與說服上的目的。[34]儘管如此，大部分學者對公共園地的定義，仍然是財產權「之外」或「相反」的概念。另一方面，也因為這種私人智慧財產與公共園地的二元對立，合理使用---智慧財產的限制---以及創意共用的定位，便處於一個尷尬的位置。例如，採取此種定義方式，而為公共園地繪製「地圖」的 Samuelson 教授，便認為合理使用以及與創意共用相類的開放原始碼是「公共園地接鄰地區」（adjacent terrains of public domain ）。[35]

---

[31]James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 33, 71 (2003).

[32]BOLLIER, *supra* note 4 at 87-88.

[33]文獻非常多，茲舉數例如下:Diane Leenheer Zimmerman, Is There a Right to Have Something to Say - One View of the Public Domain, 73 Fordham L. Rev. 297 (2004);Yochai Benkler, Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U. L. Rev. 354 (1999);Yochai Benkler, Freedom in the Commons: Toward a Political Economy of Information, 52 Duke L. J. 1245 (2002); Edward Lee, The Public's Domain : The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property, 55 Hastings L. J. 91 (2003);Anupam Chander & Madhavi Sunder, The Romance of the Public Domain, 92 Cal. L. Rev. 1331 (2004); Robert P. Merges, A New Dynamism in the Public Domain, 71 U. Chi. L. Rev. 183 (2004). 有關公共園地的歷史考察：Ochoa, *supra* note 13 ; F. Willem Grosheide, In Search of the Public Domain During the Prehistory of Copyright, *in* Intellectual Property : The Many Faces of the Public Domain (Charlotte Waelde & Hector MacQueen ed., 2007) ; Simon Stern, Copyright, Originality, and the Public Domain in Eighteenth-Century England Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightment, *in* Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightmen (Reginald McGinnis ed., 2008).就九零年代中期「公共園地」被再發明後的「近用知識運動」的發展的討論，相當值得參考的是：Amy Kapczynski, *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, 117 YALE L.J. 804 (2007).

[34]Pamela Samuelson, *Enriching Discourse on Public Domain*, 55 DUKE L. J. 783 (2005).

[35]Pamela Samuelson, *Digital Informatiom, digital Networks and the Public Domain*, *in* CONFERENCE ON THE PUBLIC DOMAIN , 84 (2001). available at http://www.law.duke.edu/pd/papers/samuelson.pdf.

第三項 是敵或友？財產權與公共園地的敵我情結

第一款 自由？控制？創意共用與財產權意識

CTEA 的憲法訴訟讓美國公眾開始注意到公共園地的議題，並且激起了可觀的法律動員力量。雖然最後主筆多數意見書的 Ginsburg 大法官認為為國會延長既有著作權保護期間的作法，沒有違反「有限期間」的憲法規定，也沒有牴觸第一增補條文（First Amendment）的問題，[36]但是，這次法律動員所激發的社會力，並沒有因為法庭上的失敗而消逝，反而造就了創意共用運動。 值得注意的是，在性質上可以看作是創意共用運動的宣言（manifesto）的《自由文化》一書，Lawrence Lessig 認為讓極少數媒體集團得以控制文化的著作權法，正把我們推向任何利用都必須著作權人同意以及律師放行的「允准文化」（permission culture），為了要扭轉這個趨勢，他認為除了督促「他們」（國會）進行諸如登記制度等法律改革外，「我們」也應該透過「創意共用」的私人行動，自己著手打造「自由文化」（free culture）的公共園地。[37]雖然 Lessig 認為從「技術」上而言，創意共用並沒有擴大「公共園地」，但是他認為藉由創設一個任何人在遵守內容中立的條件下即可自由使用的「共用資源」，創意共用等同擴大了「實質公共園地」（effective public domain），因為透過同意的事先授予，使用者利用創意共用資源的「經驗」，猶如不需任何人同意的公共園地。[38]

儘管如此，因為創意共用授權的有效成立，端賴著作財產權體制的存在，這種與財產權結盟的策略，一些公共園地的支持者，也有所保留和質疑。Niva Elkin-Koren 認為財產的概念其實相當直覺，如果我們認知到某一個東西是另一個人所「擁有」，我們就會知道使用這個東西必須取得他/她的同意，但是，我們對故事、圖片、音樂卻通常不這麼看待，有時候我們甚至沒有察覺自己的創作使

---

[36]*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003)

[37]Lawrence Lessig, Free Culture: The Nature and Future of Creativity 277-306 (2004).「我們」與「他們」的區分是Lessig的書籍的章節標題。

[38]Lawrence Lessig, *Re-crafting a Public Domain*, 18 Yale J.L. & Human. 56, 74-75 (2006).

用了他人的著作。[39]使用他人的作品時，並不像取走他人家中的物品一樣，需要跨越實體籬笆，因此，**這道籬笆反而必須是加諸於我們的抽象社會規範**。[40]而鑑於財產權不僅界定權利與義務，也表述了價值訊息，宣告哪些東西值得保護並且如何保護，Elkin-Koren 認為依賴於財產權的創意共用，很有可能強化了作品的分享除非得到授權，否則都應該在禁止之列的觀念。[41]Elkin-Koren 也指出許多被放到網路上的作品，其實都默許非商業性的利用，這些人不期待可以從作品的分享得到直接的經濟利益，也通常完全省略了麻煩的授權宣告，但是，有了創意共用此種授權工具後，個別的作者不僅察覺了財產權體制，還有了強而有力的工具去執行他/她們的智慧財產權，限制他人對其著作的利用。[42]

面對 Elkin-Koren 上述的質疑，Lessig 認為在 1996 年以前，網路的主要規範即是分享，著作權根本不是一個議題，也沒有默示同意這回事（因為上傳者與利用人雙方都不覺得需要取得同意，所謂「默示同意」純粹是著作權學者在事後建構出來的想像），對此，他抱有與 Elkin-Koren 一樣的懷舊之情，他也認為如果網路還是那個美麗新世界，創意共用本身非但沒有解決問題，其自身的存在就是問題，但是，他認為現在網路上的規範已經改變，在無數的對抗「海盜」的訴訟的「著作權戰爭」爆發後，再沒有人相信網路是不為著作權所及的世界，而在這個無數的網頁標示著「所有權利保留」© ，並且一再傳達響亮的「完全控制」訊息的網路，「保留部份權利」的創意共用，至少發出了另一種聲音。[43]創意共用組織委員之一的 James Boyle 則認為 Elkin-Koren 的憂慮在理論上雖然成立，但尚欠缺實證的基礎，再者，他認為創意共用所打造的全球共用資源，在政治現實下，根本難期透過立法達成，而與其哀嘆世界一片黑暗，他寧願點上蠟燭，哪怕只是一點光明。[44]

不過，值得注意的是，捷克學者 Michal Koščík 認為創意共用在捷克推行的結果，其對著作權利人與法律文化的**正面影響**是幫助權利人認知到他們的作

[39]Niva Elkin-Koren, *Exploring Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit*, *in* The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law , 336 (P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault ed., 2006).
[40]*Id.* at 336. 粗體為本文所加
[41]*Id.* at 337.
[42]*Id.* at 337.
[43]Lessig, *supra* note 38 at 79-80.
[44]Boyle, *supra* note 29 at 287-288.

品是受到法律保護，而且他們**有權可以決定**這些作品如何被使用，此外，他也認為作者在使用創意共用授權，而對著作權有更完整的認識後，會更**尊重**其他著作權人的權利。[45]

第二款 反財產權 v. 反反財產權

公共園地與財產權是敵或友的模糊關係，不僅發生在前述創意共用運動的策略上，也開始出現在智慧財產與至公共園地的理論概念與表述策略的討論上。傳統上，認為智慧「財產」保護範圍太廣的人士，普遍認為著作權與專利不是「財產」而是一種「獨占」，[46]或者，即使承認它是一種財產，也認為其與土地等財產迥然不同。事實上，「公共園地」正是考量到「獨占」的說法欠缺正面價值表述所提出的替代概念。 因此，許多認同公共園地的支持者，往往也都不認為智慧財產是「財產」（或至少不是像土地一樣的財產）。事實上，著作權、專利以及商標權等「智慧財產的所有權化」（propertization of intellectual property），常常被這些論者作為公共園地縮減的指標。[47]普遍的看法是：把著作權、專利、商標權當作是「智慧財產」的財產權修辭（property rhetoric），正是造成公共園地逐步私有化的原因之一。[48]正是在這個脈絡下，一些論者或認為智慧財產應該正名為「特權」，[49]或主張著作權是作者的福利制度。[50]

不過，與創意共用授權透過智慧財產體制來打造「公共園地」的發展相仿，

[45]Michal Koščík, *Creative Commons -- Will It Do Good in the Czech Republic*, 2 Masaryk U. J. L. & Tech 61, 71 (2008). 粗體是本文另加。

[46]相反地，認為智慧財產是財產的，立場都比較偏向較多的保護。事實上這個概念上的爭論，以及各自對著作權保護時間和範圍的立場，其實從十八世紀的英國與法國就一直存在，並且延續到今天的美國。See Boyle, *supra* note 31 at 53-58.

[47]See Justin Hughes, *Copyright and Incomplete Historiographies: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson*, 79 S. Cal. L. Rev. 993 (2005).

[48]See for example Patry, *supra* note 21. Mark A. Lemley, *Romatic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 Tex. L. Rev. 873 (1996).

[49] See for example Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property 161-163 (1996). Ronan Deazley, Rethinking Copyright: History, Theory, Language (2006).

[50]Tom W. Bell, *Author's Welfare: Copyright as a Statutory Mechanism for Redistributing Rights*, 69 Brook. L. Rev. 229 (2003).福利制度在美國有相當負面的意涵，因此 Bell 的這個隱喻，隱含限制著作權擴張的用意。 我們或許會認為這個比喻很奇怪，但是，這是因為我們成長在智慧財產的論述體系下，已經習慣財產的隱喻，而認為它就「是」財產的緣故。事實上，Mark Lemley 就認為把著作權隱喻為福利制度，不會把其當作財產在概念上更為武斷。Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 Tex L. Rev. 1031, 1072 (2004).

不少論者開始思考財產權本身的理論和原則，是否可以反過來限制智慧財產的不當擴張，並且重新省思公共園地與財產權的關係。Michael Carrier 認為隨著智慧財產保護範圍的擴大，以及公眾與企業認定智慧財產「就是」財產的意識下，智慧財產的財產權化在美國已經難以倒轉，但是，他認為財產權化不必然等於智慧財產的擴張，也可以是智慧財產範圍的縮減，財產權理論既有的原則其實指引了另一條維護公共園地的路徑。[51]

Hanoch Dagan 則認為公共園地的支持者對「財產權論述」（property-talk）戒慎恐懼的態度，並且把財產當作公共園地的敵人的作法，並非適當的作法---財產權對人們心中如何認定應然與正義是如此的有修辭力量，但公共園地的支持者竟棄而不用，而選擇與其對抗；因此，他主張公共園地的支持者應該擁抱財產，重新定義財產，而非對抗它。[52]事實上，他認為 Lessig 在《再造公共園地》一文的幾個提議，其實都可以從財產權的角度來觀察。具體而言，Lessig 領導的創意共用運動其實體現的是財產制度不斷創新的光榮傳統，它與財產權制度的各個前輩一樣，都是肇因於對既有財產權制度的不滿。[53]而 Lessig 的另一個提議--重新回復著作權登記制度—Dagan 認為鑑於智慧財產價值的提昇，以及登記成本的不斷降低，根本就是一個財產權理論的教科書案例。[54]

延續這樣的思路，David Fagundes 更指出公共園地的縮減的原因不在於財產權化，而在於不夠財產權化。[55]根據 Fagundes 的看法，公共園地最大的問題，並非著作權的結構是財產權規則（property rules），而是缺少這樣的結構。因為智慧財產欠缺一般財產權「水晶」似的清晰稜角，使得擁有大量資本的私人可以以訴訟作為後盾，對「泥沼」般的模糊的邊界區域宣稱享有權利。但是，如果公共園地得以財產權化，使用者就不但會利用這些資源，也會對其權利資格更有自覺，而會對這些占地的行為感到憤怒。最後，Fagundes 認為一般把公共園地看作「外於」（outside）財產權的看法，是出於財產權論述「僅能」被理解為私人的完全控制以及其功能僅在最大化財富的誤解，但是，他認為我們並不需要受限於

[51]Michael A. Carrier, *Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm*, 54 DUKE L.J. 1, 4-6 (2004).
[52]Hanoch Dagan, *Property and the Public Domain*, 18 YALE J.L. & HUMAN. 84, 84-85 (2006).
[53]*Id.* at 87.
[54]*Id.* at 92.
[55]David Fagundes, *Crystals in the Public Domain*, 50 B.C. L. REV. 139 (2009). 粗體本文另加。

這種原子化個人的看法，財產權其實是人類「最社會化」的制度之一，我們應該從財產權「內部」（inside）重新想像公共園地。[56]

第四項 台灣的公共園地與創意共用研究

早期台灣的文獻鮮少對公共園地有系統性的討論，最早的專文似乎是吳尚崑的研究。[57]不過，這樣的情形在 2005 年之後有很大的改變，短短幾年出現了許多有關「公共領域」（亦即本文之公共園地）的文獻。[58]綜觀這些文獻，本文認為台灣目前有關公共園地的研究，有下列幾個特點：首先，除了劉靜怡曾質疑「公共領域 = 公開 v.s 私有財 = 排他」的二元對立命題的有效性外，[59]大部份的論者似仍然傾向公共園地的內涵是對應於智慧財產排他權利的看法。[60]一個常見的作法是從智慧財產法的觀點對公共園地採取消極定義，因為「很難直接去定義何謂

---

[56]*Id.* at 190-195.

[57]吳尚崑，<著作財產權存續期間之研究>，私立東海大學法律學研究所碩士論文，1999 年。

[58]這些文獻有：杜惠錦，〈著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究〉，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2005 年；朱稚芬，〈論著作權法與公共領域之衝突與調和機制〉，世新大學法學院碩士論文，2006 年；林聖斌，〈公共領域在數位環境中面臨的衝擊〉，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006 年；劉孔中，〈建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉收於氏著，《智慧財產權法制的關鍵革新》（台北：元照，2007），頁 1-28；邱盈翠，〈公共領域的結構轉型—以美國著作權法的理論變遷與實務觀點為中心〉，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2008 年；劉靜怡，〈建立原住民公共領域—政策與規範的考察〉，收於劉靜怡、邱彭生、黃居正編，《傳統智慧與公共領域—原住民族傳統智慧創作保護論文集》（台北：數位典藏與學習推廣計畫、數位典藏拓展台灣數位典藏計畫，2009），頁 97-119；邱盈翠、黃居正，〈公共領域的結構轉型〉，收於劉靜怡、邱彭生、黃居正編，《傳統智慧與公共領域—原住民族傳統智慧創作保護論文集》（台北：數位典藏與學習推廣計畫、數位典藏拓展台灣數位典藏計畫，2009 年），頁 219-256； 劉靜怡，<數位時代中的創用 CC 與公共領域>，發表於「建立數位公共領域理論建構與在地實踐」研討會，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、拓展台灣數位典藏計劃主辦，台大法學院霖澤館國際會議廳(2010 年 1 月 16、17 日)；黃居正，<原創性與公共領域---原住民族傳統智慧創作保護中的兩難命題>，發表於「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、拓展台灣數位典藏計劃主辦，台大法學院霖澤館國際會議廳(2010 年 1 月 16、17 日)；謝銘洋、鄭菀瓊、王珮儀，<從著作權法觀點論數位典藏成果之資訊近用--以公共領域為例>發表於「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、拓展台灣數位典藏計劃主辦，台大法學院霖澤館國際會議廳(2010 年 1 月 16、17 日)。如果不是以「公共領域」為主題，而僅是內文中是有所碰觸，或者在概念上相關的文獻，這裡並未列出。

[59]劉靜怡，〈建立原住民公共領域—政策與規範的考察〉，頁 111。

[60]例如，邱盈翠、黃居正，〈公共領域的結構轉型〉，頁 222。另外，劉孔中的看法「眾人可以任意揮灑的自由場域，不受到法律或他人權利干涉或限制」，其所謂的「法律或他人權利干涉或限制」是指私人之排他權與獨占權，亦即一般的智慧財產權，劉孔中，〈建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉，頁 1-2。

公共領域」[61]、「公共領域的內涵究竟為何？恐怕沒人能說個準......」[62]

其次，在二元對立的概念下，若以智慧財產為中心立足點，凝視其財產邊界「外面」的公共園地，如何「安置」創意共用授權的著作的理論位置，實屬一大難題。 但是，深受二元對立概念影響的台灣公共園地研究，這個概念上的問題卻沒有引起太多討論。相反地，創意共用普遍被認為是拯救或擴大「公共園地」的具體方案。 即使有論者明白意識到創意共用和傳統二元對立下的公共園地並非相等，認為創意共用屬於「公共園地接鄰地區」（這是受到 Samuelson 教授的影響），但在結論上，仍肯定其「實質上以已（sic）能為公共領域注入新的泉源」，因為「利用人可在一定的條約底下自由運用」。[63]劉靜怡也有類似的說法：透過著作權的自願授權，創用 CC 運動創造出一個實質上跟「公共領域」的性質相去不遠的「智慧財產保留地」（intellectual property conservancies）。[64]

就個別討論創意共用授權的論文而言，常見的探討角度有從著作的「授權」利用的難題來探討創意共用，[65]或者從「交易成本」的角度來看待創意共用，[66]亦有強調創意共用在台灣著作權體系下如何定性，並就創意共用本身相容性與穩定性，乃至商業應用提出展望與建議的研究。[67]但是，創意共用與公共園地以及智慧財產的關係為何，仍然比較少人討論。

---

[61]杜惠錦，〈著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究〉，頁 41。杜惠錦在該頁的註釋表示這是引用 Tyler Ochoa 的說法：「很難直接去定義何謂公共領域，故學者由反面解釋將它定義為『它不是什麼』較能涵括一切，例如...」，但是 Ochoa 在杜惠錦所引用的頁數，卻是在批評這種反面定義" simply begs the question"。Ochoa, *supra* note 13 at 217.事實上，Ochoa 所舉的各個反面定義的例子，是在為其後文的批評和主張作鋪陳。此種文本的「再現」或「誤讀」其實相當有趣，它反應了智慧財產權論述下的二元對立如何讓我們容易「先入為主」在「轉譯」的過程傾向特定觀察與結論。

[62] 林聖斌，〈公共領域在數位環境中面臨的衝擊〉，頁 7。

[63]朱稚芬，〈論著作權法與公共領域之衝突與調和機制〉，頁 61-62。粗體為本文所加。

[64]劉靜怡，<數位時代中的創用 CC 與公共領域>，頁 58。

[65]盧文祥，〈從著作財產權授權利用之困境探討創作共享機制之推展〉，《東吳法律學報》第十七卷第二期。

[66]呂佩芳、楊智傑，〈「釋放部份著作權」之法律經濟分析〉，《智慧財產權月刊》，第 81 期（2005 年 9 月）。

[67]呂佩芳，〈開放性授權契約對著作利用之影響〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006 年；王珮儀，〈創用 CC 授權之法律理論與實務分析〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

至於創意共用是否會反而強化財產權意識以及控制的問題，受到 Elkin-Koren 的影響，林聖斌也意識到創意共用此種與財產權結盟的策略，有可能反而助長了「允准文化」。[68]不過，可能因為當時創意共用在台灣推行未久，其並未就創意共用在台灣的實踐作一檢視 ，也未有進一步的討論。爾後，劉靜怡也注意到了此類對創意共用的批評，[69]但她持較樂觀正面的看法：認為創意共用有助於降低著作權規則的不確定性，因此可以避免過多預警措施的不效率，而強調作者的身份（authorship），則可以降低創意共用的爭議性，且以創意共用取代原本的中介人，讓作者免於中介人的剝削，也與言論自由尊重個人自由性的精神相近。[70]值得注意的是，基於同樣的問題意識，陳舜伶則從自由軟體與創意共用兩種授權條款的比較出發，指出對於自由軟體而言，公眾授權扮演著自由軟體社群與財產世界的中介，不僅使得在社群之外者也必須遵守該規則，也是社群本身的規範性架構，但是，同樣是公眾授權的一種，創意共用授權卻不是一種讓社群可以實踐其理念與價值，目的在於與局外人溝通、協商的「策略性介面」（strategic interface），而比較是單純的尊重作者「自由」的著作權授權條款，為既有的著作權體制背書。[71]

第三節 問題意識與概念方法

第一項 研究意義與問題提出

如果我們把九零年代中期後公共園地的（再）發明，看作是一場「反財產權」的運動，創意共用其實是這場運動的「財產權轉向」。考察前述美國與台灣既有的文獻後，可以發現雖然大多數公共園地的支持者，多認同創意共用此種透過與智慧財產權結盟，來擴大「公共園地」的方式，但是，創意共用的定位、理

---

[68]林聖斌，〈公共領域在數位環境中面臨的衝擊〉，頁 190。
[69]劉靜怡，<數位時代中的創用 CC 與公共領域>，頁 54-55。
[70]同前註，頁 58-59。
[71]Shun-ling Chen, *To Surpass or to Conform - What are Public Licenses For*, 2009 J.L. TECH. & POL'Y 107, 132 (2009). Also See Shun-Lin Chen, *Freedom as in a Self-Sustainable Community : The Free Software and Its Challenge to the Copyright Law* ,4 Policy Futures in Education 337, 344 (2006), available at http://www.wwwords.co.uk/pfie/content/pdfs/4/issue4_4.asp#2.

論意義、乃至表述之價值，其實並不十分清楚。就其定位而言，我們很難在既有智慧財產與公共園地的二元對立命題下，安置其位置；就其理論意義而言，它所代表的是我們「應該」讓著作權人有更少還是更多的控制，也各有不同解讀；就價值表述而言，創意共用是要傳達「實質」上公共園地的自由文化經驗，還是告訴使用者他們必須「尊重」其他人的著作權，也十分模糊。而這種種的問題，其實都肇因本文所稱的智慧財產論述所建構的二元對立命題。事實上，如果我們把視野拉高到智慧財產權與公共園的理論層面，也可以發現原本是「反財產權」的公共園地，出現了「反反財產權」的理論聲音。在這層意義下，公共園地以及創意共用運動，其實提供了我們重新思考智慧財產論述的機會。

但是，釐清理論層次，跳出智慧財產論述的二元對立命題有任何「實踐」意義嗎？我們所關心的不就是讓更多人採用創意共用授權，擴大「公共園地」嗎，讓人們更方便使用嗎？空談玄想，又有何「實益」呢？ 其實，理論通常具有實踐意義，對公共園地與創意共用運動而言，尤為其然。

智慧財產的保護，因為其性質使然，與實體財產相較，更為依賴於社會規範所創設的「心理藩籬」。柯林頓政府的《智慧財產與國家資訊基礎建設》白皮書，便花了相當篇幅強調「學校教育」對未來著作權保護的重要性。[72] 而著作權的教育，同樣也是台灣政府認為智慧財產權保護若要落實，不可或缺的一環。 因此，如果旨在復興公共園地的創意共用運動，所表述的仍然只是著作權人的控制，這個運動反而是鞏固了智慧財產論述，讓公共園地愈益陷入他者的地位。而如果創意共用只是一再複製了「允准文化」的控制訊息，讓合理使用變得無關緊要甚至是「問題」所在，讓我們不再挑戰乃至合理化既有的保護範圍和存續時間，創意共用反而會成為公共園地復興的反動員。 簡言之，如果創意共用是資訊環境主義下的一場保育運動，它所劃出的領域是我們為公共園地留下的保留地，那麼，就像自然環境的保留地以及保育運動，往往肩負著環境教育與意識覺醒的功能一樣，我們也應該重視創意共用所表述的價值。

[72] *Intellectual Property and the National Information Infrastruture : The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* 201-210 (Wahshington, D.C. : Information Infrastructure Task Force. 1995), 201-210, available at http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/.

如果把視角拉得更遠，創意共用並非獨立的行動，它與諸多倡導自由文化人士所提出的法律改革策略，包括立法行動與司法訴訟的取徑，就本文來看，都是資訊環保主義下，抵抗智慧財產論述的動員。Boyle 在《智慧財產的政治：網路環保主義？」，提出資訊環保主義的概念，希望喚起人們對智慧財產政治性的注意，並以為公共園地概念的發明，猶如美國環保運動在六七零年代發明「環境」的概念一樣，可以集結原本不同利益的人士，並且作為一個分析的概念架構。不過，如同許多台灣的論者一樣，Boyle 自己對公共園地的界定，也是「財產權之外」（property outside）、「財產權反面」（the opposite of property）。[73] 當然，對 Boyle 而言，他的目的是要喚起大家對公共園地這個「財產權反面」的重視，避免讓建立在什麼是財產、什麼又不是財產的平衡上的智慧財產制度，因為我們對後者卻遠比前者陌生，甚至直覺上還將其與「共用地悲劇」（the tragedy of commons）相連結的偏見，不對稱地向財產權單邊傾斜。[74]

其實，Boyle 的說法，若放在智慧財產論述中來觀察，正是對智慧財產/公共園地、繁榮發展/荒涼落後，此一二元對應命題的挑戰。但是，可惜的是，大部分公共園地的研究，卻很少將公共園地與創意共用運動放在智慧財產論述的脈絡來談，因此他們對所要抵抗的對象、以及這場運動與從前的抵抗的差異，往往只有一個模糊與大概的想法，甚至不自覺地複製了智慧財產論述的話語。在前述的意識下，本文有四個主要核心的關懷問題：

1. 發源於西方近代的智慧財產制度，是根植在何種的知識論述下，這些論述的建構過程為何？其有何作用？是否有潛藏的矛盾？
2. 台灣戰後移植西方智慧財產論述的背景是什麼？發揮了什麼作用？又帶來了何種代價？
3. 與西方國家(特別是美國)處於不同利益位置的台灣，在過去是否有過抵抗智慧財產論述的努力？
4. 創意共用運動與過去對智慧財產論述的抵抗與認同有何關係？是否鬆動了智慧財產論述，還是反而鞏固了它的話語？資訊環保運動與

[73] BOYLE, *supra* note 29 at xiv-xv.
[74] *Id.* at xiv-xv.

創意共用在理論與行動上可能的方向為何？

以下說明本文就此所採用的理論概念以及研究取徑的立場。

第二項 論述、他者與抵抗的理論概念

Foucault 對「論述」(discourse）定義如下：論述是「為一個領域中的客體標定範圍（delimitation）、為知識的接受或傳播主體界定合法的思考角度，並且樹立正統規範以便概念的闡釋與理論的建構」。[75]論述不只是一種知識生產的方式，它與社會中的權力結構也有所關聯，因此亦具改變人的心態與態度的功能。[76]換言之論述的功能不僅在建立論述（立法當局、社會輿論、禮教傳統等）與其聽眾的密切關係，亦暗含了權力的施加與承受的意義，例如，何謂理性，孰為瘋狂的界定。[77]

對 said 而言，東方主義亦是一套論述，[78]他不僅劃定了一個知識研究的範圍，也是一種在「東方」「西方」兩者之間作本體論與知識論的區隔的思想風格，並且是一個為了處置東方，支配、再結構、並施加於東方之上的一種西方形式。[79]東方主義的東方並不是一個被動的自然地理位置，而是一個人為製造，出現於西方，而為西方存在的現實，它有著自身的歷史以及思維、相像和詞彙的傳統（東方專制、東方光輝、殘暴、情色）。因此，東方與西方，兩者是互相支持，同時就一定程度來說，也互相反映了彼此的兩個地理實體。[80]更重要的是，Said 認為理念、文化以及歷史都不能脫離其（社會）力量來加以理解，它們的權力輪

[75]Michel Foucault, Language, counter-memory, practice 199 (1977).
[76]*Id.* at 200.
[77] 可參 Michel Foucault 著，劉北城、楊遠嬰譯，《瘋癲與文明》(台北：桂冠，1992)。
[78]不過，雖然薩伊德在東方主義一書的前言、明白地援用傅柯，但是他其實是將包括葛蘭西的霸權（hegemony）概念亦容入其治學之中，而與傅柯強調權力無所不在的毛細現象，有所不同。薩伊德自己對傅柯的一些看法亦有所批評。因此，也有論者認為薩伊德與傅柯的「論述」概念，兩者並不相同，可參 Robert Young 所著的《後殖民主義:歷史的導引》中「薩伊德與後殖民論述」、「傅柯在突尼西亞」兩章的討論，Robert Young 著，周素鳳、陳巨擘譯，《後殖民主義:歷史的導引》，(台北：巨流、國立編譯館，2006)，頁 391-418。
[79]Edward W. Said 著，王志宏等譯，《東方主義》（台北：立緒，2000），頁 3-4。
[80]同前註，頁 5-6。

廓也必須納入研究。如果說東方化的結果的產生，只是一種想像上的需要，其實並不誠實，因為東方和西方之間的關係根本是權力、 支配和一套程度多變的複雜霸權。東方之所以會被東方化，不只是因為它是被一般的十九世紀歐洲人以各種相當平常的方式發現而成為「東方」的，也是因為他是有可能被—受屈服而被—製造成東方。[81]他也指出純粹知識與政治知識的區分，在理論上的企圖雖然不會有所爭議（亦即知識必須是學術性、 不偏不倚，且超越狹隘的教義信仰），但從來沒有人曾經設計出一種方法，讓學者遠離他所生活的環境和他在生活各方面的介入牽連；因此儘管可能會有一種較不偏頗的知識生產，但知識也不會就因此沒有政治性的意涵，而反過來說，過度政治性的知識不是「真正」的知識的講法，也模糊了那原本就已高度組織化的生產知識之政治環境。[82]同時，Said 也強調：絕不要假設東方主義的結構只是一種謊言或神話，其反而是一種真實的生產，Said 提醒我們：這些知識並不能化約為只不過是帝國主義的共謀，因為我們如果可以瞭解到文化這種霸權體系之持續性和耐久性，特別是當我們明瞭文化的內在規約施展在作者和思想家身上時，是多麼地具有生產性時，而非只是片面地進行壓抑與拘束，就不應該如此概括論斷。[83]

另一個對本文相當重要的理論概念則是「他者」（the other）。「他者」是 Jacued Lacan 在解釋自我主體如何構成時的核心概念。 他認為在 6 到 18 個月處於「鏡像階段」（mirror stage）的兒童，是透過鏡像中的影子，發現自我作為一個「他者」，並且在「想像的再認」（reconnaissance imaginaire），逐漸地去辨識自我，建構自己的主體；亦即以鏡像中的他者來設定主體的認同，透過理想的我，來發展自我作為一個他者。[84]此外， Lacan 也提出了「大寫他者」（grande autre, the Other）的概念，「大寫他者」是一個超越絕對的他者，可以將主體定位成一個欲求的對象，母親是嬰兒時期的「大寫他者」，當嬰兒進入語言的象徵秩序[85]後，父親就取而代之成為「大寫他者」， Lacan 他認為透過語言的象徵秩序，主體才

[81]同前註，頁 7-8。粗體為原文所加。
[82] 同前註，頁 12-14。
[83]同前註，頁 18-20。
[84]參杜聲鋒，《拉康結構主義精神分析學》(台北：遠流，1988)，頁 130-132；廖炳惠編著，《關鍵詞 200 ：文學與批評研究的通用辭彙編》，頁 186。
[85]在 Lacan 的理論中，語言形成的動機是來自於控制感帶來的愉悅，語言的獲得代表了透過佔領符號的權力世界以規範慾望的企圖，語言是一種象徵秩序，而在象徵秩序之外就是精神病的存在。參 Chris Barker 著，羅世宏等譯，《文化研究：理論與實踐》(台北：五南，2004)，頁 106

能得到認同和自身身份。[86]受到 Lacan 的影響，Fanon[87]將他者的鏡像理論運用到殖民關係的脈絡。 他以為白人不僅將黑人視為他者，黑人如果要成為人，則要交出他白的證據；黑人必須透過權力中心所發展出來的他者形象，來建構理想的我，以獲得殖民者的認同。[88] Said 的研究雖然沒有特別提到 Lacan，但是東方之西方，其實同樣也是處於他者的地位，而殖民論述也可以看作是一種「大寫他者」。

前述論述、權力與他者的理論概念，對文化研究與後殖民研究有相當深遠的影響。本文認為這一組概念，雖然很少在智慧財產與公共園地的脈絡被使用，[89]但這組概念其實可以提供我們不同的的理論視角，讓我們發現原本可能忽略的問題。因為智慧財產、理性、西方三者看似不同的研究領域，就其對應的反面-公共園地、瘋狂、東方，其實有著許多潛在的相似性。智慧財產也是「論述」的一種，其界定了「智慧財產」的研究領領域與範疇。其次，西方之於東方，瘋狂之於理性，智慧財產之於公共園地，都是相互定義的二元對立的文化概念。 缺少其一，另一個對立概念亦無所憑依。 這樣的二元界定往往忽略了複雜性，且預先將某些可能排除於論述之外。例如，「智慧財產權」的指涉的規範，可能既非「智慧」，亦未限於「財產」，又不屬「權利」，但我們仍然稱其為「智慧財產權」。[90]或者，某些無法放置在這個知識分類下的事物，就被排除在財產與權利的系譜之外。 另一方面，「他者」，在此三者往往同樣被描繪成荒蠻、落後、無秩序，需要被解決的「問題」，而這又隱含了西方/東方、 理性/瘋癲、智慧財產/公共園地、原創/剽竊、勞動/搭便車、照護/剝削，各個二元對立間的權力施加與承載的關係。事實上，論述作為一種知識所架構的事實，往往是在於正當化特定的權力行使，而就智慧財產論述而言， 擁有智慧資產並藉此獲得相當利益的 （西方） 資本家，

---

[86]廖炳惠編著，《關鍵詞 200 ：文學與批評研究的通用辭彙編》，頁 186。

[87]Fanon 出生在加勒比海法國殖民地馬提尼克島(Martinique)中產黑人家庭，並且在法國受精神科醫學教育，最後投身阿爾及利亞革命，其理論與其個人經驗和實踐有密切關聯。

[88]參 Frantz Fanon 著，陳瑞樺譯，《黑皮膚，白面具》(台北：心靈工坊文化公司，2005)。

[89]任教於 Uppsala 大學的比較文學系教授 Eva Hemmungs Wirtén 曾以公共園地是智慧財產的他者的角度作切入，是筆者所見的有限文獻（且都是英文與中文）的唯一例外。See EVA HEMMUNGS WIRTÉN, NO TRESPASSING: AUTHORSHIP, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS,AND THE BOUNDARIES OF GLOBALIZATION 125-148 (2004).

[90]參謝銘洋，《智慧財產權法》（台北：元照，2008），頁 3。謝銘洋指出固然許多智慧財產權保護的對象是和精神、智能有關，但是有關商標、地理標示、商業秘密、以及不正競爭的規範，與精神上的創作並無直接關係，而就「財產」而言，智慧財產權也及於人格利益的保護，例如著作人格權、發明人姓名表示權等，再就「權」而論，營業秘密的保護與不正競爭的規範，受保護者也並沒有取得一個專屬排他的權利地位。

正是此一論述的獲利者。

他者的概念，在智慧財產論述的另一層意義是，它讓我們可以發現作者與其理想的我---原創天才---的關係。 原創天才是智慧財產論述中的核心概念之一，它不僅正當化了智慧財產的存在(這是原創的，所以是我的)，也讓公共園地成為不應被需要的他者，從而又使得其擴張，不會受到嚴厲的挑戰。 因為，以「原創天才」為理想的作者，應該要為自己依賴甚至抄襲「既有素材」組成的公共園地，而不能「原創」的事實感到羞恥，他不應該需要也不應該認同公共園地。此外，「他者」的理論，對於繼受西方智慧財產法制的台灣而言，也可以讓我們看見戰後台灣在此一「現代化」的過程中，對於理想的我(主要是美國的智慧財產制度)的認同關係。

必須指出的是，「論述」，例如殖民論述或者智慧財產論述，雖然有一定的風格和步驟可以予以辨識，但其中的元素不是和諧而且相互一致，它們彼此之間往往潛藏矛盾、緊張，只是處於一個暫時地被安頓下來的狀態。因此，論述的穩固並沒有邏輯或概念上的必然，它的權威，反而常常只是立基在組織、機構、角色的不斷重複的表述上。「抵抗」在批判研究（critical study）指的是個人或團體的行為，用意在於挑戰改變或保留特殊的社會關係、過程、乃至於機制、權利、利益以及價值。[91] 對本文而言，抵抗指得是對智慧財產論述的假定、議程以及對應的權力分配的拆解，換言之，它嘗試在原有的知識論述之外，質疑原本的對應關係或者尋找另外的可能選擇。抵抗可以是體制外的「非法」行為，[92]也可以是體制內的「合法」訴求。但是，抵抗不一定是對智慧財產制度的全盤否定，反而常常是運用論述中的矛盾破壞原本被假定的關係，或者轉化其中的元素的意義 。[93]

[91]廖炳惠編著，《關鍵詞 200 ：文學與批評研究的通用辭彙編》，(台北：麥田，2003)，頁 229。
[92]See EDUARDO PEÑALVER & SONIA KATYAL, PROPERTY OUTLAWS: HOW SQUATTERS, PIRATES, AND PROTESTERS IMPROVE THE LAW OF OWNERSHIP 84-89 (2010).
[93]DEBORA J. HALBERT, RESISTING INTELLECTUAL PROPERTY 7 (2005).

第三項　考掘歷史的批判研究

美國人類學家邵氏柏 1993 年出了一本英文專著 Statecraft and Political Economy on the Taiwan Frontier，探討熟番的地權演化。針對邵氏柏的研究，柯志明指出「邵氏柏的解釋首重理性的國家行動」，在其研究中「熟番地權就像進化的階梯一般，由上而下，由粗糙而成熟」，但他自己的研究心得卻是：

> 歷史演化過程則比較像小鋼珠（柏青哥，pachinko, pinball game）遊戲裡，沿著上窄下寬的樹枝路徑，拾級而下，每一個選擇不僅是放棄了一些可能的替代機會，而且前一個選擇所決定的路徑往往限定了下一個選擇的可能路徑。…遊戲的結構（環境）並沒有給予選擇無盡的可能性。但這沒有反過來意味著選擇是命定的。在諸多的可能性之間難以抉擇時，決定每每是機遇所促成（當然也不要忘了加上無知與誤解），通常不是毫不猶豫、不會事後後悔的。然而，由於前後事件的因徑相依，這個不可逆轉的連鎖反應並不是個可以漸次修正、自我調整而日趨完善的適應過程。[94]

在智慧財產論述中，「新前線」（new frontier）「地權」的浮現也是經濟人「理性」選擇的結果，當科技越進步，複製成本越低，權利應該對應增加。一部智慧財產權的法律史，似乎就「是」也「應該是」財產權的擴張史。[95]本文所以採用歷史的研究方法，部份原因是希望「藉由揭露被壓抑的可能來解放政治想像」，[96]挑戰智慧財產論述下無可避免的「唯一路徑」。路徑的選擇與發展，雖然常常由機遇所決定，但許多時候是出於我們的不知不覺（沒意識到原來有另外一條道路）或者恐懼（因為其他人告訴我們另外一條路只會走向自我毀滅的悲劇、通向

---

[94] 柯志明，《番頭家：清代台灣族群政治與熟番地權》（台北：中央研究院社會學研究所，2001），頁 372。粗體為本文所加。

[95]美國著名智慧財產法學者 Paul Godlstein 所著的 Copyright's Highway :From Gutenberg to Celestial Jukebox 就有此一特色，不過該書仍然是才氣縱橫之作。PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT'S HIGHWAY : FROM GUTENBERG TO CELESTIAL JUKEBOX (2003).此為第二版，第一版出版於 1993 年，Highway 是當時非常流行的隱喻。

[96]See William Fisher, *Texts and Contexts : The Application to American Legal History of the Methodologies of Intellectual History*, 49 STAN. L. REV. 1065, 1097-1101 (1997).

荒蕪的土地），因此只能順從地走向「唯一」的道路。固然，因為前後事件的因徑相依，我們不可能像玩線上遊戲一樣，點錯「技能樹」後只需要「打掉重練」，但在有限的可能路徑中，我們仍然是有所選擇，而不只是柏青哥遊戲裡任由各種作用力擺佈的彈珠。

智慧財產論述，如同前文所述，只是一個暫時安頓下來而被廣為接受的看法，並沒有必然性，甚至存在著結構性的矛盾。 而探索智慧財產論述的起源，讓我們的觀察多了歷史的縱深，有助於我們了解其面貌、偶然性、進而思考其他的可能選擇。 這也是帶有批判理論色彩的智慧財產研究，往往特別著重歷史的考察的緣故。[97]

就西方智慧財產論述的考掘，本文選定以英美的發展為研究的重心，原因有二：「安妮法案」常常被認為是第一個著作權法，美國又是目前智慧財產最大的輸出國，因此可以把其看作是西方智慧財產論述的原型之一。其次，雖然台灣在民刑法上是屬於歐陸法系，但在財經法實受美國影響甚大，智慧財產權無論在法律體制和學說論述上，無處不見美國法與理論影響的斧鑿痕跡。 雖然，歐陸與英美的智慧財產法，往往被論者強調是兩個不同的傳統，立論的基礎也不一樣，但是，本文認為兩者其實只是西方智慧財產論述的子型，差異並沒有一般論者所想像的大，特別是我們如果考慮到其他社會中對資訊生產的不同組織、規範方式時，尤為其然，因此考掘雖僅限於英美一地，但此一缺憾，應不致於讓我們無法對西方智慧財產論述的基本特徵有所認識。

另一方面，Dipesh Chakarabarty 在以歷史知識作為權力理論的範疇時指出，非西方的學者必須閱讀學習偉大的西方歷史理論經典，然而西方的學者卻通常不需閱讀非西方的歷史研究：非西方的歷史只能以史料的方式存在，而在西方

[97]See CHRISTOPHER MAY, THE GLOBAL POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: THE NEW ENCLOSURES 41 (2nd ed ed. 2010). 此外，亦可參 CHRISTOPHER MAY & SUSAN K. SELL, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CRITICAL HISTORY (2006).MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS: THE INVENTION OF COPYRIGHT (1993). JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF INFORMATION SOCIETY (1996).

史脈絡下所發展出來的歷史理論則被當成是普遍的理論。[98]這樣的批評，同樣適用於法學領域，法學知識作為一種權力的理論範疇，也是環繞著以客觀面相出現的西方中心理論知識；西方法學理論乃是非西方社會的學習對象，反之卻不然。[99]要挑戰這種知識客體與主體之間的位置—西方對非西方的權力宰制關係，一個方式是將西方「地域化」，亦即我們雖然不可能完全拒絕西方的理論，閉門造車的生產「自己」的改革之道，但卻應該打破西方法在指導法律改革上的壟斷地位，而將視野拉到非西方國家的法律實踐，尋求不同的對話對象，進行「批判性的比較法」。[100]

因此，相對於智慧財產論述，美國本身其實有相當多的反對聲音以及理論成果，雖然這本論文深受這些研究者主張的影響，但我希望可以盡量避免向西方「學習」理論與法制的單向道路，而有一個較平等的對話關係。事實上，就智慧財產論述的抵抗而言，因為台灣相對於西方國家，在知識輸出入以及伴隨的經濟利益是處於不同的位置，智慧財產法一方面被視為台灣現代化的工程之一，[101]但對西方人智慧財產的保護，卻往往又與台灣的利益有所衝突。 這種複雜的抵抗與認同的關係，其實是西方國家所無的，就此而言，台灣的歷史考察，不僅是對我們了解本身的脈絡有意義，而有助於我們找出相應的策略，[102]它在智慧財產論述的抵抗的觀察上也有理論意義，而不是印證歐美歷史發展出來的理論的史料而已。

---

98 Dipesh Chakrabarty, Provicializing Europe : Postcolonial Thought & Historical Difference 28 (2000).轉引自陳昭如，〈創造性別平等，抑或與父權共謀？--關於台灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，《思與言》，第 40 卷第 1 期（2002），頁 225。

99 陳昭如，〈創造性別平等，抑或與父權共謀？--關於台灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，頁 225-226。

100 同前註，頁 226-231。

101 就此而言，其實亦有法律東方主義的特色。有關法律東方主義，可參 Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101 Mich. L. Rev. 179 (2002).將此一概念運用到台灣的繼承法史的性別政治的嘗試，可參陳昭如，<法律東方主義陰影下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治>，《台灣社會研究季刊》，第 72 期（2008 年 12 月）。

102 王泰升，《台灣法律史的建立》(台北：作者自版，2006)，頁 6。

第四項 研究素材與研究限制

在研究素材的選擇下，因為我以智慧財產論述作為考察的對象，與此主題相關，但傳統上不被看作是「法律」的文本，例如創意共用組織的推廣影片，或者是無名小站在推廣創意共用時的網站宣傳，也會是我使用的歷史素材。 我們也要避免這些由部落客撰寫的推廣圖文，不過是不懂法律的人的誤解的看法。因為，這些文本或許不是「嚴肅」的學術著作，但是它們作為「再現」其實與許多鑲嵌在智慧財產論述中的法學知識一樣，同樣也是該結構的一部份 就此而言，兩者其實沒有差異。 事實上，就實際的影響而言，這些宣傳或圖文，對於一般人民心靈的影響可能更大。

另外，這個研究的方式，也會影響到我素材的使用方式，以美國學者 William Alford 的《偷書是一種恭維》該書為例，[103]我們固然可以在研究華人文化智慧財產權觀念與制度的發展時參考其看法，但就本研究的使用，其定位反是作為分析美國人如何看待華人文化對待智慧財產的態度的文本，換言之，我將其 Alford 的著作看成是智慧財產論述的一部分。 因為這樣的取徑，許多智慧財產學者的論著會被我批判性的檢視。 但是，這裡要提別說明的是，正如薩伊德所言，知識本身雖然嵌鑲在大的政治權力結構上，但我們並不能只能這些知識「只是」權力的共謀，這些論著本身在個別作者的身上仍是非常有「生產性」，而且具有學術價值的。 另外，必須說明的是，作為創意共用運動在台灣的參與者之一，這樣的位置讓我對相關的問題感受更為深刻，而若有使用到我曾經直接參與或協助撰寫的文本，我會特別加以註明。

有關研究限制的部份，為了讓問題的討論能夠集中，我只以創意共用為著眼點去探討了其與智慧財產論述間的關係。對處於多重「他者」處境的台灣原住民族，並不在我的討論範圍。這是本研究的遺憾之處，因為原住民族不僅是西方的他者、漢人的他者，他們的傳統藝術與草藥等，也是智慧財產二元體系下的他者—公共園地。另一方面，與創意共用相仿，近來台灣《原住民族傳統智慧創作

---

[103] WILLIAMS P. ALFORD, To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization (1995).

保護條例》的立法，不僅亦可放在「反財產權」與「反反財產權」的脈絡下，也同樣都有「他者」是否能藉由模仿智慧財產體系來進行抵抗的疑慮。如果時間與精力允許，將兩者作一對照的比較與考察，應該能夠得到更完整的理論與行動圖像。這是未來可以努力的方向。另外，台灣對智慧財產論述的移植，以及現代化的工作，其實始自日治時期，但因為能力、時間以及既有文獻成果的限制，除了簡短的交代，本文對此部份的探討，幾乎付之闕如，這也有待未來的努力。

第四節 章節架構

第二章是以英美的發展為中心，探討西方智慧財產論述成型的過程，以了解其樣貌、功能乃至於其所隱藏的斷裂與矛盾。首先，我會從作者與書商在安妮法案立法的角色，以及該法案的意義展開討論。其次，我將討論英國十八世紀的「後安妮法案時代」智慧財產及其他者—公共園地—的建構過程。這段時間也是智慧財產論述開始成型的階段，包括原創作者以及公共思想/私有表達的二元區分都在此時有了當代智慧財產論述的初步樣貌。接者，本文會討論智慧財產論述在十九與二十世紀美國的發展。為了資本家的利益，此一時期「原創作者」不僅有了新的面貌，它更是成為一個召之則來、呼之則去的概念。除此之外，我們也可以看到思想/表達的區分，如何一方因應文化商品的變化而重新劃定其疆界，但卻又維繫著其原有的公共/私有的二分。而在二十世紀後半，此公共/私有的二元區分，也是美國法院為何可以原則上認為著作權與言論自由沒有衝突的原因。此外，公共園地固然在二十世紀後半作為文化最大輸出國的美國，往往被架構成「共用地悲劇」，而延續著公共園地的他者傳統，但是，在十九世紀美國要追求文化獨立時，他們對英國人的著作是否該是公共園地，卻有著不同的態度，此正可與台灣的戰後的經驗作一對照。本章的討論，有助於我們了解西方智慧財產論述的特色和功能，可以讓我們從歷史的縱深來觀照台灣對該論述的繼受與抵抗，乃至創意共用授權與智慧財產論述的關聯。

第三章則從戰後台灣著作權法從註冊審查制度改為創作主義的過程切入，探討智慧財產論述在台灣的移植與深化。雖然，智慧財產論述對廢除註冊審查

制度扮演著相當重要的角色，但我們從八零年代法院的判決，以及當時台灣錄影帶業者反對美國將已進入公共園地的「十年舊片」圈為私有的抵抗，我們也可以看到在智慧財產論述以個人專有排他權利為中心的思考下，公共園地在權利系譜之外的他者地位。

第四章則主要以西書翻印以及八零年代曾經發生的電腦軟體的著作權保護爭議為例，探討台灣戰後對智慧財產論述的認同與抵抗。 台灣因為與戰後主要的貿易與知識輸入的對象美國，在利益上並不一致，對美國保護智慧財產其實有過不少抵抗，但是，另一方面又因為認同智慧財產制度對於國家的發展是必要的，對美國要求台灣智慧財產制度「現代化」的威逼，產生了相當矛盾的情結。此外，逐漸熟悉西方智慧財產論述的台灣人，在一定程度上，也開始運用其假設，抵抗美國所設定的議程。我把前者的現象稱之為「抵抗中的認同」，後者名為「認同中的抵抗」。另外，我也會探討智慧財產與文明和現代性的關係，而與美國十九世紀時相比，我們也可以發現台灣在追求文化自立時，就智慧財產與現代性和文明的對應關係的焦慮，遠比美國為高。

第五章則是探討從美國起源並且近來在台灣推行的創意共用授權與智慧財產論述的抵抗和認同的關係。 我會先探討創意共用授權的起源及其擴散的現象，以及台灣創意共用的特色。 之後，則以創意共用組織的領導人物的言論，乃至其組織的宣傳與自介，剖析其與「自由文化」的關係，並且以台灣經濟部智慧財產權局對創意共用授權在知識上的定位，以及其與無名小站合作推廣創意共用授權的活動為例，作為分析創意共用授權與智慧財產論述關係的對象。 在檢討創意共用授權與智慧財產論述的關係之後，我會稍微回顧近來資訊環保在分析框架上與理論上的一些發展，指出其與創意共用授權的共同侷限。 最後，本文則嘗試在重構作者以及避免思想/表達二元對立的劃分下，提出「文化共用財產」的芻議，以及在此概念下，創意共用授權在論述及工具設計上的可能對應行動。

第六章為結論。

第二章　西方智慧財產論述的建立—以英美的發展為中心

現代的個人私有智慧財產的法律制度與觀念，發源於十八世紀的西方，三百年來，個人私有的智慧財產已經從一開始頗受質疑的概念與制度，發展為一個我們幾乎無法想像其不存在的「自然」之物。智慧財產被認為是保障作者、促進知識進步、並且發展經濟的必要而且是進步的制度。這個過程是怎麼發生的呢？到底智慧財產是如何建立自己存在甚至擴張的正當性呢？智慧財產論述在這個正當性的過程中扮演著什麼樣的作用呢？

本章的目的主要在透過歷史的追溯與文本的分析和爬梳，以英美的發展為中心，檢視西方智慧財產論述的面貌與作用， 如此一來，我們才可以更清楚地了解戰後台灣在對智慧財產論述的移植、 認同與抵抗，並而觀察創意共用等抵抗智慧財產論述的運動，與智慧財產論述的相互位置。

第一節　安妮法案與書商權法：從獨占到作者財產的受讓

第一項 智慧財產的前世: 實體財產、出版檢查與貿易管制

第一款 實體財產與書籍製作者

歐洲中世紀時，手稿的財產權人被認為擁有允許複製手稿的權利，藉由對手稿的所有權的行使，教會的教士得以向那些要抄寫他們書籍的人收費。從當代的眼光來看，允許抄寫手稿的權利，雖是近代著作權的重製權的一種形式，但當時的人並沒有「無體物」可以是一種財產權客體的觀念。對這些教士付費複製的人而言，教士擁有的並非書籍中的「文字」，而是由墨水和羊皮紙組成，看得

見而且摸得著的「實體物」—書籍。[1]無體物可以獨立於實體物之外，單獨成為「智慧財產」的概念，一直得等到十八世紀中葉才逐漸確立，在此之前，兩者的概念並沒有非常清楚的區分。

印刷術發明後，因為印刷商需要回受其設備成本之故，當時的書籍貿易中心威尼斯出現了讓特定印刷商享有「印刷特權」（print privilege）的制度。 享有「印刷特權」的第一位專賣者可能是將印刷術引進威尼斯的 John of Speyer，他就「印刷書籍」本身獲得了五年的獨占地位。在這之後，印刷特權的範圍不再這麼廣泛，而是針對特定類型或語言的作品，例如希臘文、 阿拉伯文或者是法律類的書籍。

現代的智慧財產是只有作者才可以原始取得的權利，但威尼斯的「印刷特權」則授予給印刷商，而編輯者、翻譯者以及作者亦在其列。這是因為中世紀時將「寫字」（writing）與「抄寫」（reproduction of writing）通通認為是「製作書籍」方式的概念，仍然存在於十五世紀的威尼斯，因此這些人同樣都可以是印刷特權的享有者。[2]書籍在現代被視為是作者的「個人」著作，書籍生產的功勞由作者獨自享有，但對十三世紀的法國僧侶 St. Bonaventura 而言，「作者」（auctor）其實只是相對於「抄寫者」、「評論者」、「編輯者」以外的第四種「製作書籍」的方式。[3] 事實上，即使到了十八世紀中期以前的德國，也有證據顯示，作者與其他參與書籍製作的人相比，並不有特別的地位。[4]

第二款 政府與書商公會的合作：出版檢查與貿易獨占

威尼斯的「印刷特權」的制度為歐洲各國所仿效，英國亦是其中之一。印刷特權的法律基礎來自於英國君主皇室特權（royal prerogaive）的行使，[5]而始自 1557 年，英國書商行會因為英國女王瑪莉一世在 1557 年頒布的「皇室特許狀」，享有印刷書籍的專有獨占地位：只有行會的成員以及印刷特權的權利人才被允

[1] Mark Rose, Authors and Owners: The Invention of Copyright 9 (1993).
[2] *Id.* at 16.
[3] See Andrew Bennett, The author 38-39 (2005).
[4] See Martha Woodmansee, *The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'*, 17 Eighteenth-Century Studies 425, 441-442 (1984).
[5] John Feather, Publishing, Piracy and Politics: An Historical Study of Copyright in Britain 14 (1994).

許可從事書籍印刷的事業。 英國皇室所以願意授予書商行會就書籍貿易的獨占地位，主要原因在於避免「邪說妄言」的印刷和散佈，皇室特許狀的前言便指出，書商公會的獨占地位旨在讓其方便進行審查工作，矯正那些擅動臣民的異端書籍。[6]行會為了落實與政府的合作以鞏固自己的商業優勢，建立了註冊簿（registered book）此行會的內部制度，根據行會內部的規定，所有的書籍都在出版前都必需要在註冊簿上登錄，而對於不遵守此規定的成員，行會將處以罰款。只有那些已得到皇室許可或者被認定不會牴觸政府的書籍，行會會長（master）以及由行會成員相互遴選的管理人（warden）才會授予其成員可以登錄到註冊簿的資格。

雖然註冊簿一開始的目的是為了方便審查的工作，後來的演進卻有了不同層次的意義：在 1563 年到 1564 年間，工會成員 John Sampson 因為印刷了「其他成員的藏版」（other mens copyes），被行會處以罰款，而類似字眼的裁決在往後書商行會的紀錄中不斷出現。 於是，行會會長和管理人行會對成員印製書籍的「執照」（license）以及其在註冊簿上的登錄，漸漸地不僅代表該成員可以印刷該書籍（內容沒有問題），也意味其是「唯一」可以印製該書籍的行會成員。[7]這個由書商行會的特定成員享有特定書籍印刷、銷售的專有權利，即是 Patterson 所謂的「書商行會版株」[8]（stationer copyright），其基本的定位是書商行會在取得書籍印刷的獨占地位後，避免其內部成員相互競爭的一種內部規範。[9]

儘管英國國王幾經更迭，但是書商行會與政府的合作關係卻持續了一百多

---

[6]See Rose, *supra* note 1 at 12.

[7]Feather, *supra* note 5 at 15-17.

[8]雕版印刷傳入日本後，日本出版商的同行之間發展出了「版株」的自治制度，與書商行會的作法非常類似，所以我採用這樣的翻譯。 版株雖然有日本漢字的味道，但「著作權」與「版權」其實也都是源自日本人的造詞。參參荻原有理，<"版權"與"著作權"兩個詞在日本的來龍去脈>，網址：http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf(最後參訪日 2010/03/05)，頁 4-6。該文原載於《知識產權研究》第十七卷 (中國社會科學院知識產權中心編，中國方正出版社，2005)

[9]L. Ray Patterson, Copyright in Historical Perspective 51-55 (1968).不過，學者Feather認為除了名稱不同外，特定書商成員對印刷特定書籍的唯一資格，其實就是著作權的概念。Feather, *supra* note 5 at 17.我不能認同這種看法。 首先，就性質而言，這是特定商業團體的內部行規與習慣，不能與公共立法的著作權相提並論。 其次，行會的成員可能不是作者，也沒有自作者受讓該作品，但也可以是權利人，相反地，作者若非行會成員，則不能享有「書商行會版株」。See Patterson, *Id.* at 42-47. 最後，書商行會版權即使看做一種財產權，而非貿易管制，其財產客體的概念相當程度是與實體的雕版、 手稿和書籍混雜在一起的，這與現代西方的著作權法的財產客體為「無體」的著作，迥不相同。

年。 書商公會相當認真地執行政府所託付的審查工作，也深知其獨占地位有賴於政府的支持。前述有關註冊簿上的行會內部習慣，在 1637 年更進一步得到法律的追認，星皇法庭（Star Chamber）[10]的命令中即規定「任何書籍除非得到合法的許可.....並且在書商行會的註冊簿上登錄，皆不得予以印刷」。[11]

第二項 執照法案的終結：Locke、 買書人與知識學習

執照法案在制定之後雖然多次獲得延長，但隨著英國政治局勢的改變，以及當時對專賣的普遍厭惡，[12]書商公獨占書籍貿易的正當性逐漸受到質疑，其反對聲浪逐漸轉強。1693 年《執照法案》獲得最後一次的延長，而後 1694 年由主張自由貿易的惠格黨（Whigs）所主導英國國會下院，其送交國會上院的《延續議案》（Continuation Bill）並沒有包括《執照法案》。1695 年初春，執照法案正式走入歷史。John Locke 也是十七世紀末英國反對書商行會獨占地位的人士之一，他與當時的惠格黨人士相當交好。在許可證法案走入歷史的前後，Locke 扮演了一定的角色。

1693 年，當執照法案最後一次在國會下院獲得延長，Locke 寫信給當時的國會議員同時亦是其好友的 Edward Clarke，表示他實在不解書商行會為何可以對那些古老的拉丁作品宣稱享有權利。他認為除了關心賣書人的利益，國會下院也應該多放些心思在**買書人的利益**。[13]Locke 也向 Edward Clarke 抱怨：大部分有用的書籍都落入「傲慢而且懶惰的書商」的手中，這些書不僅變得異常昂貴，令大部分的學者難以負擔，而且其版本錯誤百出。[14]他也抱怨因為書商獨占書籍貿易的緣故，即使有人想去整理印刷這些作品，出版更好的版本，或者附上有用的評論，他們也都需要書商行會審查者的首肯。對 Locke 來說，「任何人應該都可以合法地印刷或進口那些一千年以前的作者所寫得拉丁文作品」，而誰的版本

---

[10] 星皇法庭直屬當時的英國國王，屬於皇室特權之一，後來成為秘密法庭的代稱。

[11] See PATTERSON, *supra* note 9 at 61.

[12] 參賈士蘅譯，Clayton Roberts & David Roberts 著，《英國史》（台北：五南，1986），頁 440。

[13] JOHN LOCKE, THE CORRESPONDENCE OF JOHN LOCKE VOL. 4 614 (Beer E.S. De ed., 1976).粗體為本文所加。

[14] *Id.* at 614-615.

的印刷最佳，就最有資格得到其回報，享有其印刷品的銷售，不應該由懶惰的書商來決定。[15]

作為學者，Locke 這裡是在站在「買書人」的立場發言，認為任何人都應該可以自由印刷古典的著作，而且強調自由競爭下，書籍不僅會便宜，品質也會更好。當國會下院在 1694 年將未包括《執照法案》的《延續議案》送交國會上院時，而國會上院因為議案未包含《執照法案》因此退回下院要求重議時，與主張自由貿易的惠格黨交好的 Locke 也準備了一份文件提交國會下院的委員會。文中，他延續反對《執照法案》復辟的立場，因為書商行會的獨占不僅讓書籍更為昂貴，其版本亦錯誤百出。[16]Locke 也主張《執照法案》使得書籍貿易市場拱/手讓給荷蘭（low countries），由其賺取大量貿易收入；在阿姆斯特丹印刷的書籍，遠比倫敦印刷的便宜且優良，而他認為主因是荷蘭的印刷是自由而且不受限制。[17]對 Locke 而言，任何人都可以印刷、編輯的自由競爭，不僅令書籍更為便宜、品質也較佳。

《執照法案》失效後，國會另外草擬了《管制印刷與出版改善議案》（A Bill for the Better Regulating of Printing and Printing Press，下稱《改善議案》），根據其中的規定，書商行會不復享有書籍註冊與出版的專賣地位，驚慌的書商行會為此特別為此向國會下院請願，表示「如果**他們的財產**沒有受到該法案的保護，不僅是請願人，許多有賴於請願人財產過活的寡婦與其他人，他們的生活都會毀於一旦。」[18]《改善議案》因為書商行會的極力反對，胎死腹中。[19]

在爭議的過程中，Clare 曾寫信給 Locke，表示他認為書商行會還有其唱和者所以強調「財產」，是因為「他們認為**財產是個受歡迎的字眼，而審查者則不然**。」[20]Locke 的回信中，則提出了他的立法建議，認為國會可以考慮「**作者對其手稿之財產**」（Author's property in his copy）的制度，亦及遵守特定條件後，例

[15]*Id.* at 615.
[16]John Locke, The Correspondence of John Locke Vol. 5 786-787 (Beer E.S. De ed., 1976).
[17]*Id.* at 787.
[18]See Ronan Deazley, On the origin of the right to copy : charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain (1695-1775) 9 (2004)(citation omitted). 粗體為本文所加。
[19]See *Id.* at 16.粗體為本文所加。
[20]Locke, *supra* note 16 at 291.粗體為本文所加。

如標示作者或出版商姓名後，「作者或其受讓人可以被**授予**(vest)在______年期間享有唯一印刷與出版該作品的**特權**（Priviledg）」。[21]在這之前，Locke 也有類似的建議：認為作者生前加上死後或者出版後的五十年或七十年，作者可以享有印刷與出版該作品的專有地位，因為他認為如果唯一印刷和出版的獨占權利的存續時間是有期限的，就不會有古代的拉丁文作品被特定人壟斷此種不合理且妨礙學習的情況發生。[22]

在 Locke 的觀念中，作者所享有的財產只有實體手稿的所有權，他並沒有無體財產的概念。但是，他也認為作者就書籍的印刷應該享有報酬。須注意的是，雖然他建議的專有印刷作品的權利期間，碰巧與今日著作權年限的規定相類，但是 Locke 的重點是在強調此一「授予」的「特權」的「有限期間」，這樣才可以避免過去書商的壟斷妨礙知識學習的惡果---書籍昂貴卻又品質低落。

第三項 安妮法案的誕生 ：作者與受讓人的正當權利

第一款 執照法案的終結與出版自由的肇始

《執照法案》失效後，書商行會透過各方的嘗試，希望可以回復其在《執照法案》下的專賣地位。但是，不僅當時的輿論對過去的專賣制度相當反感，隨著時間的推移，當時英國的政要也漸漸發現，不需要與書商行會合作，既有的法律已經足夠壓制異端邪說，[23]此外，國會兩黨也漸漸習慣了無需事前審查的出版制度，對與執照法案相類的議案愈來愈不表同情。[24]

其實，在前述 Locke 為了反對《執照法案》的復辟而為國會準備的文件中，相對於獨占的痛恨和貿易的重視，Locke 儘管認為任何人都有自由，去出版他

[21] *Id.* at 795-796.粗體為本文所加。
[22] *Id.* at 791.
[23] See DEAZLEY, *supra* note 18 at 23.
[24] *Id.* at 29.

想要表達的意見，他仍然認為他們必須為其邪說妄言負在事後負法律責任。[25]換言之，Locke 並不反對書商行會所建立的審查制度的「目的」，亦即矯正異端邪說的必要，而是在手段的有效性上作論證。 他認為對於出版異端和煽動言論的人處以重刑，其帶來的「恐懼」(fear) ，有效性不見得少於與事前的禁止；而為了貫徹此一機制，他還建議未來可以考慮任何書籍的印製都必須印有書商或印刷商的名稱，讓他們為其出版的內容負責---除非他們可以供出這些書籍的作者 。[26]

當時的英國，出版不實和顛覆政府言論的人，得依照普通法受刑事處罰，而指名道姓的報導國會議員在國會的發言與投票，仍然是違反國會特權的可罰行為。Locke 強調事後懲罰的論點，似乎頗能說服國會，不僅許可證法案未獲延續，在爾後國會嘗試推動的法案，亦朝更為有效地辨識出版商和作者以落實事後懲罰的方向修改。 以執照法案失效後，前述國會草擬的《改善法案》為例，該法案雖然沒有審查者的規定，但便強制要求所有出版物上必須印有姓名，否則不得印刷和出版。

Daniel Defoe 在 1704 年所出版的《論出版之管制》（An Essay on the Regulation of the Press）一文，也反應了此種看法。他在文中表示審查制度並不能壓制異端邪說，反而只會讓公眾的辯論與啟蒙取決於審查者個人的好惡，讓知識的學習以及書籍的貿易全然受制於審查者的專斷權力。[27]與 Locke 的看法一致，Defoe 也認為事後的懲罰是更好的方法，每個人都應該為其詆毀他人的言論負責。[28]

後來的安妮法案雖然相當程度延續了《執照法案》中貿易管制的層次，但是，原本「執照法案」審查者的規定已不復見。隨著執照法案的終結，出版檢查與貿易管制脫鉤。《執照法案》的終止，通常也是英美論者在談論言論自由發展時的起點。

---

[25]LOCKE, *supra* note 16 at 785-786.
[26]*Id.* at 786.
[27]*Defoe's Essay on the Press (1704)*, at 4-5, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .
[28] *Id*. at 22-23.

第二款 書商與作者的結盟：正當所有人的財產

Defoe 主張的自由出版，但作者應為其言論負法律責任，但是他認為如果一方面讓作者自負文責，一方面卻對其勞力的成果吝於保護，是相當不公平的作法。[29]因此，他雖然反對執照法案以及審查者的復辟，但卻又認為在執照法案失效後，鑑於英國「出版海盜」（press piracy）的「偷竊」行為相當猖獗，作者的財產亟待與其他的財產一樣，獲得適當的保護，以遏止「有如在馬路搶劫皮包」，「奪走了[作者]應有的勞力報酬、學習的獎賞、研究的利益」的盜印行為。[30] 因為鑑於「......接連不斷的搶劫、海盜、侵犯財產充斥著[出版業]」，Defoe 在其《評論》上也呼籲必須立法「保障辛苦的研究者對其**手稿的財產**（property of copies），以促進知識以及有益的研究」，[31]其甚至主張「[作者]的作品就是他的財產，他的財產不能因為任何人的好惡或獨斷而被剝奪—即使是他的君王也不可以」[32]

Defoe 並不贊成回復過去執照法案時代的審查制度，但是對於作者所享有的財產卻認為亟需保護，作為過去的「審查者」的書商行會，自然也對當時輿論的情勢有所瞭解。 很有可能是受到 Defoe 論述的影響，[33]書商行會不再選擇與政府結盟作為內容的審查者，而反而開始與保護作者的論述攜手合作，將自己的角色定位於作者的財產的**受讓人**。儘管，作者在「書商行會版株」的書商行會內部規範是處於邊緣的地位，但這不妨礙書商行會在 1706 年一份名為《制定增進學習與改善印刷議案之理由》的請願書中，向國會下院表示：

> 非常合理的是，當一位紳士花了非常多的時間和財富在文藝教育的學習上後，他的創作衍生的可能利益應該都由其享有，其中之一便是他對自己的書籍印刷的專有且毋庸置疑的權利，因為這是其**勞力**的成果。所以，另一方面，在這位紳士因為金錢或者其他相當價值的報酬，將其手稿

[29] *Id*. at 27-28.
[30] *Id*. at 26-28.
[31]SEE DEAZLEY, *supra* note 18 at 32 (citation omitted). 粗體為本文所加。
[32]ROSE, *supra* note 1 at 37 (citation omitted)
[33]*Id.* 35.

(copy)讓與給書商、印刷商或者其他人後，**受讓該手稿的人必然享有與作者一樣完整而且毋庸置疑的權利**。

書商行會更進一步指出，如果受讓人的財產沒有和作者的財產一樣，受到完整的保護，致使任何人都可以盜印「**正當所有人**」（rightful owner）的財產，那麼，很自然地，沒有書商會願意花錢去購買這些手稿，作者也不會有動機去從事有益於知識與文學的寫作。[34]書商行會此種與作者結盟，將自己「正當所有人」的地位建立在作者對其創作手稿的財產上的論述策略顯然頗為成功。兩年後，對「審查者」多所攻擊 Defoe，為文上主張應該要趕快立法保護作者的權益時，他也提出具體法律條文的建議，認為：「任何人未經該書籍的作者**或財產權人**的同意」，皆不得印刷或銷售該書籍，否則將依書籍之頁數處以罰鍰。[35]當書商不是審查者，而是「財產權人」時，力主作者的財產保護的 Defoe，也就與原本是審查者的書商行會站在同一陣線了。

Defoe 提出立法建議的三天後，書商行會再次向國會下院請願。 這次的請願，最終也促成了隔年由國會下院議員 Edward Wortley 提交，後來經修訂後成為安妮法案的《為促進學問以及保障**正當所有人**對書籍之財產所提之議案》（下稱正當所有人議案）（A Bill for Encouragement of Learning, and for Securing the Property of Copies of Books to the Rightful Owners thereof）。在國會審議《正當所有人議案》的期間，1710 年時 Defoe 為了讓該議案能順利通過，還在《評論》上寫了一篇文章，強調：

> 書籍是作者的財產，這是他創造的小孩，他的腦袋的嬰兒；如果他賣斷他的財產，它就成了購買人的財產；如果沒有，這跟他的妻子和小孩一樣，都是屬於他的----但是，注意了，在這個基督的國度，這些腦袋的小孩被奪取、誘拐、搶走、成為俘虜，但卻沒有辦法回贖他們。[36]

---

[34] *Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning* (1706), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org . 粗體為本文所加。

[35] See DEAZLEY, *supra* note 18 at 34 (citation omitted). 粗體為本文所加。

[36] See ROSE, *supra* note 1 at 39 (citation omitted).

對 Defoe 而言，國會不通過「正當所有人議案」，繼續放任作者腦袋所創造的嬰孩讓任何人「海盜」，是無法令人接受的。而如同 Rose 所言，這種將書籍當作是作者的小孩的看法，在西方可以追溯至柏拉圖，稍早的 Cervantes 在《唐吉訶德》的前言，也向他的讀者致歉，表示這本書並非是長得最好看、最生動與有智慧的小孩。[37]Defoe 並不是第一個使用該隱喻的人，但是，特別之處在於，他一方面以書籍是作者心智創造的小孩的隱喻，來證立這是他的財產，因此他人任意海盜的行為，其不正義有如擄奪小孩，是文明的基督國家不應發生之事，一方面又認為作者他可以賣斷他的「小孩」（原文 Defoe 刻意置換為「財產」），成為購買人的財產。但是，如果搶奪小孩是不文明的事情，出賣自己的小孩的人又如何？

值得注意的是，《正當所有人議案》的議案名稱沒有作者，而是以「正當所有人」的上位概念來包括作者以及購買其財產（小孩）的受讓人。議案的前言指出：「書籍與手稿的財產」是「作者學習與勞力的成果」，若沒有經過「作者」或者「以相當價格自作者合法受讓其權利與資格之人」的同意就任由他人印刷、再印與銷售，不僅與學問的促進此等所有文明國家皆戮力促成的目標有所牴觸，也是對「書籍與手稿財產的正當所有人」的嚴重侵害，對他們帶來很大的傷害，而且幾乎常常讓「他們與他們的家庭陷入困頓」。[38]

幾年前書商就《管制印刷與出版改善法案」》向國會上呈的請願書中，還強調不保護「他們的財產」，其鰥寡孤獨將生活無著，但這次的議案的前言中「他們與他們的家庭」指得卻是作者以及以作者財產的受讓人身份出現的書商。「他們的財產」在概念上變成了「他們受讓自作者的財產」。這個論述的策略轉變，以及結盟的對象的轉換（從政府到作者），最後使得該議案在經過修正後順利成為安妮法案。值得注意的是，安妮法案在文字上出現了「受讓人」（assignee）的用語，[39]用以代替稍早議案中一再出現的「書商、印刷商或其他人」。

---

[37]Mark Rose, *Copyright and Its Metaphors*, 50 UCLA L. Rev. 1, 3-4 (2002).
[38] *A Bill for Encouragement of Learning* (1710), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .
[39]*Statute of Anne* (1710), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .

總結而言，安妮法案雖然被後世認為是「作者權利」的誕生，但自其立法過程以及立法後最主要的受益者來看，反而比較接近「書商權法」，而作者的權利與鼓勵創作的說詞，實際上是書商為了能夠順利立法，所採取的論述策略。 安妮法案在法律文字雖然著眼於作者的利益與鼓勵創作，但它在誕生之際，服務的卻是書商的利益。

第三款　有限權利期間與模糊的權利客體

《正當所有人之議案》並沒有權利期間之規定，但是顧慮到過去書商行會永久獨占書籍貿易的弊病，國會下院在討論的過程中打算在議案中增加有限權利存續期間的文字。 這引起了書商行會的關切，在對國會的請願書中，他們表示「如果我們享有十年的[專有印刷]權利，我們就享有永久的權利。 個人已擁有十年或二十年的財產，沒有任何情形可以讓其他人有理由從其手中奪走，而希望我們不會就是那個例外。 」[40]但是，書商行會的請願沒有成功，安妮法案增加了原議案所無的有限權利期間的規定。 其第一條規定過去已出版的書籍以及至今尚未出版的書籍的專有印刷權利期間分別有為 21 年與 14 年，並且**「僅此為限」**（no longer）。[41]雖然不盡滿意，但是在執照法案失效十多年後，如同學者 Feather 所言，對重新就已出版書籍在法律上取得二十一年專有印刷權利的書商行會而言，安妮法案毋寧是一場可以接受的勝利，事實上，書商行會也將安妮法案視為過去《執照法案》法律狀態的延續。[42]

在稍早的討論，我們可以看到無論是 Locke 或 Defoe 都曾分別以「作者對其手稿之財產」（author’s property in his copy）以及「手稿的財產」(property of copies)來指涉權利客體。同樣地，Wortley 議員以「...保障正當所有人對書籍之財產....」 (...for Securing the Property of Copies of Books to the Rightful Owner...)為名的議案，保障的也是「書籍之財產」，而議案前言中所謂「毋庸置疑的財產」指得

---

[40]*More Reasons Humbly Offer'd for the Bill for the Encouragement of Learning* (1709) *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .
[41]*Statute of Anne* (1710), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org . 粗體為本文所加。
[42]FEATHER, *supra* note 5 at 63.

是「書籍與手稿這些[作者]學習與勞力的成果」(Book and Writings as the product of their learning and labour)。 **這些文字與用語顯示在安妮法案的制定期間，「無體財產」的概念仍然是非常模糊的**，「智慧財產」與「實體財產」並沒有明顯的區分。

雖然在最後通過的安妮法案，其名稱不復見「保障正當所有人的書籍財產」的文字，國會下院的議員也將原本議案前言中的「毋庸置疑的財產」、「書籍與手稿這些[作者]學習與勞力的成果」的內容的刪除，但最可能的原因應該是學者 Rose 的推測：實體財產是英國普通法保障的「永久」權利，而這也是書商認為他們的財產在經過十年、 二十年的期間後，不應該被剝奪的主要理由；因此，新增有限期間規定的國會下院議員，可能對這個議案原本的用語中普通法權利的意涵感到不自在，於是決定予以刪除。[43] 事實上，制定安妮法案的國會下院議員完全沒有嘗試去定義法案的核心概念，立法的用語與概念也不總是一致。[44]英國國會下院議員比較在意的是要避免過去書商行會獨占書籍貿易的流弊，而非理論或概念的釐清。

第四款 作者權？書商權？

雖然安妮法案常常被認為是人類歷史上的第一個「著作權法」，但這不是一個恰當的說法，因為「著作」作為「無體財產」的概念，在當時仍非常模糊。無體的智慧財產概念，在安妮法案通過的三十年後，才開始逐步地與實體財產作區別。另一方面，安妮法案雖然一直被看作是「作者權法」，但是，隱藏在作者被的「受讓人」，其角色實更為關鍵。書商不僅是安妮法案的主要推動者，也是立法後主要的得利人。 透過將自己的法律地位重新界定為作者財產的受讓人，書商相當程度延續了過去的地位，並且取得了更高的正當性。 因為，正如書商行會的請願書所言：「受讓該手稿的人必然享有與作者一樣完整而且毋庸置疑的權利」。人們可以理直氣壯地質疑與政府合作的「審查者」，從而取得專賣地位的書商行會，但對作者財產的「受讓人」，這位「正當所有人」而言，情況卻非如此。掩蓋在高舉作者權利的論述之下，其實是一部服務書商利益的「書商權法」。

[43]ROSE, *supra* note 1 at 47.
[44]DEAZLEY, *supra* note 18 at 49.

第二節 智慧財產及其他者的誕生與建構

第一項 智慧財產的他者的誕生

第一款 知識的無主地與租用地：荒蕪/華夏的二元對應

安妮法案通過後，倫敦城裡的書商行會的成員一如往常，控制著當時的書籍貿易。1724 年與 1731 年的「大限之日」（分別為 14 年與 21 年「僅此為限」的有限存續期間的屆止年度），沒有引起書商的恐慌甚至注意，[45]書商們繼續交互股份，從作者的手中購買紙本書籍或手稿，完全不認為他們的權利並非永久。事實上，Shakespeare、Milton、Bunyan、Dryden 等人這些在 1731 年之後已經超過安妮法案所規定的專有印刷權利的年限，仍然繼續在書商間被當作私有財產一樣地交易，其價格甚至屢創新高； 當時英格蘭與威爾斯的「衡平法院」（Court of Chancery），仍然依照書商的請求對這些書籍的盜印發出永久禁制令（injunction）；對於法院而言，爭點在於書商是否對於手稿（copy）有所有權，「一旦此點得到證明，書本的財產權人的地位就像購買土地的所有權人一樣」。[46]

不過，安妮法案的年限截止後，許多書商主要收益的典籍，其法律的專有印刷地位仍有一定不確定性，特別是在 1730 年代，法院的態度尚未十分明瞭。而原有安妮法案的專有印刷權利，並不及於在國外印刷而後輸入的著作。 這些著作在荷蘭等地印刷後，加上運費，仍然遠低於倫敦書商的書籍的價格，久為倫敦書商視為眼中釘。因此，在 1735 年當國會通過了一項保護設計者、彫刻者、與蝕刻者的專有印刷權利的鼓勵下，書商在 1735 年再次提出了另一項議案《進一步鼓勵學習暨更有效保障作者與購買人所有的印刷之書籍之議案》（下稱《有效保障議案》）（Bill for the better Encouragement of Learning , and for the more effectual securing the Copies of Printed Books to the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times there in mentioned）。[47]議案中除了溯及既往延長購買人書籍的專有印刷權利外，也對國外印刷書籍的進口有所限制。

---

[45]See FEATHER, *supra* note 5 at 69-70.
[46]See ROSE, *supra* note 1 at 51-52(citaion omitted).
[47]DEAZLEY, *supra* note 18 at 87-88, 94-95.

一封可能是書商為了要讓這項議案的通過，以確保他們對於書籍與手稿的控制，上呈給英國國會下院的匿名請願信中，指出安妮法案的年限到期後，將「所有書籍都開放」(laying all Copies open)而無人所有，會有悲劇性的後果：

> 如果[書籍]沒有像其他的事物一樣，享有確定的財產保護，人們很快就會遺忘學問，**任由知識的土地荒蕪**；開放所有的書籍，將會對知識造成不堪設想的後果，正如同如果我們沒有在土地上引進財產制度，會阻礙辛勤與改善，並且讓土地處於無止盡的爭議、混亂和迷惑之中。[48]

此時，並沒有清晰的「無體」智慧財產的概念，當然也不會有智慧財產的「反面」---「公共園地」的概念。但是，我們清楚地看到，欠缺財產權保護，無人所有、卻任何都可以剝削的「知識的土地」，是如何地被建構相對於私有財產制度的「荒蕪」與「混亂」的他者。這樣的他者形象，是智慧財產論述在論證(擴大)智慧財產保護必要時的基本特徵。

不過，另位一封上呈到國會下院的匿名信的作者，對《有效保障議案》不以為然，批評該議案將超過專有印刷權利年限的書籍，**「一次又一次」**加以延長的作法，毋寧是不可忍受的「永久的獨占」，非但不能達到其宣稱促進學習的目的，反而是阻礙知識擴散的元兇，如果國會通過該議案，**等同是對公眾的閱讀，立法課予「重稅」**（exoribitant tax）。[49]

最後，這項議案在國會上院遭到擱置，並未通過。

事實上，「所有書籍開放」不受專有印刷權利保護的狀態，在當時的英國，似乎很難與知識的發展和創新聯想在一起。Arthur Murphy 在 1752 年細述自己深

[48]，*A Letter from an Author to a Member of Parliament Occasioned by a Late Letter Concerning the Bill Now Depending in the House of Commons.* London, 1735, quoted in ROSE, *supra* note 1 at 57.粗體為本文所加

[49]See DEAZLEY, *supra* note 18 at 99-100.粗體為本文所加。

夜夜讀時的夢境的文字，或許頗能說明此種情況：

> 我突然發現我來到了謬司女神居住的帕納賽斯山……這裡的土地大部分都由阿波羅劃分成不同的租用地，由不同的人承租，他們有些人的租期是永恆，有些人可以在此度過一生，但大部分人只有短短的時間寄居於此。土地上矗立著許多華廈，那些在世上享有盛名的偉大天才，就在這裡生活……古代的詩人不但富有而且慷慨----他們將一大部的自己的土地都租給了現代人。Dryden 除了繼承而來的土地，也從 Virgil 那兒租了一大片土地。Pope 複製了 Homer 近半的地租帳冊……偉大的 Shakespeare 則站在懸崖上，遠眺他**開創的新疆**（Creation）.....[50]

在這段夢境的文字，每一塊園地都有業主，一些較次等的作家，只能向古代詩人租地，例如 Pope、Dryden 之流，但真正原創的天才，好比莎士比亞，有能力開創一大片的新疆，享有完整的所有權。 Murphy 何許人也？他是十八世紀的知名的愛爾蘭作家，不過就本文而言，更重要的是，他是 Donaldson 案中為上訴人 Donaldson 辯護的律師。這段話若出自書商之手，並不會令人驚訝，但由一位反對永久的普通法財產，而其結果將是使得作品不再有「業主」、人們不必再向以前的作家付「租金」的的律師的筆下，卻不禁令人好奇。或許，有人認為這不是「嚴肅」的文字，我們其實不必深究。但是，這段文字其實顯示，與無主地或共用地相比，把繁榮與發展和私有土地的現象作連結，對 Murphy 來講更為自然。Murphy 很難想像無主的土地上，如何可能矗立著許多作家居住的「華廈」。「公共園地」與繁榮和發展的意象是難以連結的，而智慧財產則不然，這實為智慧財產論述的根本結構。

[50] Arthur Murphy, *The works of Arthur Murphy*, Esq. In seven volumes. Vol 5. at 31-35, London, 1786. EIGHTEENTH CENTURY COLLECTIONS ONLINE (GALE).粗體為本文所加。

第二款 原創天才---作者的理想自我與公共園地的離異

> 原創作者的妙筆，就像阿米達的魔杖，可以從貧瘠荒原中呼喚出盛開的新芽。
>
> Edward Young 1759[51]

在前述可能是由書商所寫，鼓吹國會通過《有效保障議案》的請願信中，為了要證明該法案不會限制知識的進步，其理由為：

> 廣大的知識原野足夠讓世界上每個人都找得到土地耕耘與改善。讓每個人都如此行；讓他們的這類行為被鼓勵與保護；讓他們撰寫與印刷相同的主題；但是不要讓他們可以**懶惰地借用**（lazily borrowed）他人勞力產出的個人作品來獲得好處，卻讓應得的作者遭受不利或毀滅。[52]

這段文字與 John Locke 在政府二論中，證立英國辛勤開墾的殖民者，可以擁有美洲的土地的作法，而不違背上帝的旨意的論證幾乎如出一轍。對 Locke 而言，美洲無邊無際的土地，確保了印地安人有「足夠」（good and enough）的土地可以繼續過著以前的生活；不讓英國殖民者開墾，反而是暴殄天物，有悖上帝的恩澤。[53]不過，比起 Locke，書商的論證似乎更為有力，因為這是作者「原創」的土地，志於寫作者，都應該以開創「新疆」的 Shakespeare 為理想的我，而不是等而下之的「懶惰地借用」。這也是 Murphy 在其一段夢境自述的文字中，當時已經普遍被視為原創天才代表的 Shakespeare，與 Pope、Dryden 等當代詩人在地位上的差別。Shakespeare 開創了**「新疆」**（creation），站在高涯上遠眺其景，而 Pope 等人因為較缺乏原創能力，所以只能向 Homer、 Virgil 租用 。 這種將原

---

[51]Edward Young, *Conjectures on Original Composition* (1759), at 10, Representative Poetry Online, available at http://rpo.library.utoronto.ca/display/displayprose.cfm?prosenum=16 (last vistied 2010/07/12).

[52]*A Letter from an Author to a Member of Parliament Occasioned by a Late Letter Concerning the Bill Now Depending in the House of Commons (1735),* quoted in DEAZLEY, *supra* note 18 at 101. 粗體為本文所加。

[53]有關 Locke 的財產理論與當時英國殖民美洲的關係及 Locke 在其中的角色，可參 BARBARA ARNEIL, JOHN LOCKE AND AMERICA: THE DEFENCE OF ENGLISH COLONIALISM (1996).

創天才建構為理想的作者，從而公共園地是一個不應為作者需要，甚至應該抗拒的誘惑的他者，是智慧財產論述的重要特徵。

在安妮法案通過的前夕，除了 Defoe 之外，Joseph Addison 是另外一位為文贊成立法保護作者財產的作家。 安妮法案通過之後，他在 1711 年 9 月 3 日的《閒談者》（The Talter）另為文指出「模仿技巧最好的作家，也無法與一個不錯的原創者相比」，而且，少數傑出的原創作家，他們的思考和表達自我的方式「不僅是他們所特有，也完全由他們所擁有」（is peculiar to them and entirely their own）。[54]Addison 對原創天才的看重，其實是一個在十八世紀漸漸席捲英國與歐陸的文化現象，不僅在英國，歐陸的作家或思想加知識份子如歌德、盧梭等也都有類似的想法。[55]1753 年，當作家同時也是出版商的 Samuel Richardson，他的《查理格第森先生的歷史》（The History of Sir Charles Grandison）還未在倫敦出書，愛爾蘭的書商就已都柏林刊登廣告銷售該書時，Richardson 對愛爾蘭這些野蠻人的行徑感到相當憤怒，指責其為海盜。 雖然如此，但是，當時安妮法案的效力不及於愛爾蘭，因此就法論法，都柏林的書商的行為完全「合法」。可能是緣於這個不愉快的經驗，稍晚，他鼓勵與他交好的劇作家與批評家 Edward Young 撰寫一篇論文。 Edward Young 這篇論文在 1759 年發表，論文的全名是《原創創作的幾點想法》（Conjectures on Original Composition）。 儘管當時英國文壇領袖 Samuel Johnson 教授認為這篇論文都是一些當時習見的老生常談， 無甚可觀之處（這可是一篇談「原創」的創作），但是 Young 的論文對後世浪漫主義的作者觀念有很大的影響，特別是在德國。 而其中原創天才的概念，也構成了智慧財產論述建構公共園地他者地位的重要元素。

Young 在該文的一開始，首先區分原創與模仿在作品價值上的差異。他認原創的創作是最美麗的花朵；而效顰的作品雖然長得快，但卻蒼白無力。因此，Young 以為一件作品中原創的成份愈高，它就更為優越，「原創作品為我們所偏愛，而且理應如此，因為它們是施善者：擴大了知識國度，在其領土外增添了新的範疇」。[56]也因為重原創而輕模仿，認為「複製品無法超越他們所模仿的原創

[54]See Rose, *supra* note 1 at 114.
[55]See Generally JOHN HOPE MASON, THE VALUE OF CREATIVITY: THE ORIGINS AND EMERGENCE OF A MODERN BELIEF 107-134 (2003).
[56]Young, *supra* note 51 at 10.

作品，正如溪流不會高過其泉湧之處」，[57]Young 強調求諸於作者自身的創作，而非建逐在他人成果上的「複製」(copies)。他認為「原創的作品具有植物的天性；它會自動地從從天才的生命根源發芽；自我生長，而非為人所製造」，相反地，模仿的作品卻是**一種由「既有素材」**(pre-existent materials)**，將「不屬於他們自己」的東西以拼湊方式製造而成的「產品」**(Manufacture)。[58]對 Young 而言，天才的原創來源不假外求，而是反求諸身，因為「有一個礦脈埋藏在個人之中，除非我們挖掘得夠深，我們無法得知[寶藏]的內容」，[59]而任何有志於向原創看齊的人，**都應該「偏好自己心靈原生的成長」，而非「進口」、「借用」別人的東西，後者只會讓我們更為貧窮**。[60]

我們可以發現，原創天才的作品是求諸於自身的創造與成長，而非「既有素材」的拼裝製造。在這樣的觀念下，理想的作者因為可以挖掘自己個人心中的礦藏，他/她不需要後世所稱的「公共園地」，也沒有就其他有業主的知識土地租用取得授權的問題。更有甚者，即使有現成的素材可以「進口」、「借用」，這反而是想要成為理想的我的作者，都應該要抗拒的誘惑。

原創天才的概念在後世著作權法的發展，並沒有成為著作權取得的要件「原創性」的實定法的一部份，[61]但這卻是智慧財產論述不可或缺的元素，它使得公共園地成為有志於理想的我--原創天才--的作者的他者。 當既有素材組成的公共園地被建構為一個不被認同，不被承認必要的他者，智慧財產(擴大)保護後，就取得了更高的正當性。

---

[57] *Id* at 41.
[58] *Id* at 12. 粗體為本文所加。
[59] *Id* at 45.
[60] *Id* at 53-54. 粗體為本文所加。
[61] 這不是偶然，而是智慧財產論述的另一個根本特徵，下文再詳述。

第二項 智慧財產的誕生：公共的「思想」與私有的「表達」

1735 年書商推動的《有效保障議案》沒有在國會通過，爾後，書商主要是透過普通法財產權的主張，取得法院的禁制令，維繫其書籍專有印刷的地位。但是，這個策略在法律上要面臨兩個問題。 首先，安妮法案明白表明專有印刷權利的年限「僅此為限」，要如何解釋「立法者原意」，讓安妮法案此「特別法」的目的不在排除普通法財產的永久保護呢？

William Murray 是 *Tonson v. Walker* (1751)案中書商 Tonson 的律師。 後來，他被授爵為 Lord Mansfield，擔任國王法院的首席法官，在 *Millar V. Taylor*（1769）案中，宣判文學創作亦屬普通法的永久個人財產。 在 *Walker* 案(1751)中，他對第一個問題的解決方式是：指出於安妮法案的制定是「作者財產的宣示」(declaratory of Author's Property），專有印刷的權利並非國家授予給作者的特權，而是在此之前即已存在的普通法財產。 安妮法案僅是宣示了該財產的存在，其目的是為了確實保障財產，提供作者在普通法以外更為有效便捷的救濟方式。而既然安妮法案前言即已表明該法旨在「鼓勵作者創作」，「剝奪著作權不會有助於該目的之達成」，因此，有限期間僅止於安妮法案所提供的**額外**救濟方式，而不是在限制原已存在且受永久保護的作者的普通法財產。[62]這樣的見解，在日後的案件中常常被援用，而後來 *Millar* 案也秉於同樣意旨，認為作品是普通法永久保護的財產，財產權人專有印刷書籍的權利，不因安妮法案年限的經過而受影響。

雖然，我們很難不佩服 Murray 對法律解釋方法的「熟稔」，不過，對智慧財產論述更為關鍵的，還在於另一個 Murray 沒有解決的問題---無體的智慧如何可能被占有而為普通法財產 ？過去三零年代的書商不必面對這個問題，因為他們主張的仍偏向實體書籍的財產，但是，在 Murray 於 1751 年受書商 Tonson 委任而為其撰寫訴狀時，無體的智慧在 1741 年的的 *Pope v. Curl*（1741）一案後已經有所區分。當時也是原告 Alexander Pope 的律師的 Murray （他和 Pope 私交

---

[62] *Tonson v. Walker* (1751), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org . 粗體為本文所加。

甚篤），其實沒有特別處理這個問題，在本案 Murray 對此仍未著墨太多。反而是律師生涯遠不如其成功，而後以《英國法評論》（Commentaries on the Law of England）著稱的法學教授（後來也是法官）William Blackstone，對這個問題有所安置，並且構成日後智慧財產論述的基本特徵。不過，在討論 Blackstone 的說法之前，我們還得先追尋 *Pope v. Curl* (1741)無體智慧與實體書籍的分離過程。

第一款 無體智慧與實體書籍的分離

作為英國當時知名詩人的 Alexander Pope，與撰有《格列佛遊記》擅長諷刺文類的的 Jonathan Swift 頗有來往。後來輾轉取得 Swift 書信的 Edmund Curl 出版了 Pope 與 Swift 彼此往返的魚雁。這件案子的特別之處在於，Edmund Curl 是實體書信的所有權人，但請求法院禁止 Curl 出版的 Pope 則否。因此，與稍早 *Webb v. Rose* (1732)一案，請求法院禁止被告印刷其手稿的 Webb，同時也是手稿的所有權人的情況不同。[63]法院必須直接面對不再享有實體書信所有權的作者，是否可以禁止該書信的所有權人印刷其著作的問題。 而這也是過去安妮法案中並未觸及的議題。

該案中，被告 Curl 認為原告 Pope 所提之訴並無理由，因為當 Pope 將書信寄給收信人時，等同處分了其印刷、再印與銷售該書信的權利，他已不再是「財產權人」。Pope 的律師 William Murray 則不以為然，他認為 Pope 雖然將書信寄給 Swift，但他「從未將該信件的「複製--權」（copy right）移轉給任何人」。[64]

衡平法院的 Hardwicke 法官，面對兩造的爭議，他的看法是：

> 「收件人只享有一種特別的財產---可能是信紙的財產由其所有。但是，這不意謂[他]可以授權任何人將其公開出版，

[63]See DEAZLEY, *supra* note 18 at 69-70.
[64]*Pope's Bill of Complaint, and Curl's Answer* (1741), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

因為收件人充其量只是與寫信者共有財產。」[65]

無體財產的概念在當時仍然相當新穎、 因此 Hardwicke 法官的用語相當謹慎。但「共有財產」的用語，已意味著 Hardwicke 法官認為作者享有另一部份的財產，而這是實體書信所有權人所沒有的。如同 Rose 所言，Hardwicke 法官的判決意味著文學財產的論述，已不再同過去一樣，依靠在作者對實體手稿的所有權，財產的客體不再是墨水與紙張等實體物，而是其中的純粹符碼。[66]不過，「純粹符碼」為何可以被占有而作為個人授普通法保護的財產呢？

第二款 無體智慧成為財產的兩個難題

Pope 在打贏官司後，不久就去世了。他作品的繼承人與管理者 William Warburton，在 1747 年發表了一篇名為《一封**作者**寫給國會議員以文學財產為主題的信》。[67] 文中，他表示所有可以成為財產的客體，必須有兩個必要的條件：它們必須是對人類有用的，而且可以被確定地占有（possession ascertained）；而在成為財產的動產中，一種是身體勞動的產物，一種是心智勞力的產物。 他認為兩者不僅在成立的性質上不同，其權利的客體亦不同，前者「權利的延伸」（extension of rights）僅及於個別製造之實體物，後者則不限於個別的書籍，而及於「其中的原則」（the doctrine contain in it），且是「真實且特別的財產」，所以，必然的結果是，所有人對其文學財產「享有以抄寫與印刷來牟利的專有權利」。[68]

Warburton 很清楚地區分了書籍與書籍「其中的原則」，不過，儘管 Warburton 強調「其中的原則」是**真實**且特別的財產，但除了重申其可以被確定地

---

[65] *Pope v. Curl* (1741), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[66] Rose, *supra* note 1 at 65.

[67] 雖然是「一封作者的信」，但作為 Pope 作品的繼承者，Warbuton 的利益更在於「受讓人」。對他而言，因為安妮法案權利年限的經過，「否認作者或其受讓人」財產權人對作品享有專有印刷與銷售權利，「違背了**文明**社會最基本的權利」*Warburton's Letter from an Author (1747)*, at 410, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org 粗體為本文所強調。

[68] *Warburton's Letter from an Author* (1747), at 408, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

占有外，他並未提出任何論證。[69]換言之，他並沒有解決與實體書籍分離後的智慧，是否可以為個人占有而得為財產客體的問題。

其次，另一個「無體財產」的難題，在於其權利範圍的界定。此種財產權人是否如同一般實體物所有人，可以對其財產所有的處分、使用與收益都享有專有排他的權利？從 Warburton 的說法來看，只有以「抄寫與印刷」而且必須是營利的方式利用書籍，才被他界定在財產客體的權能之內。Warburton 的用意不難理解，未經作者和受讓人同意的印刷書籍銷售的營利行為，是與他切身利益相關的行為。只要此種利用方式納入財產的權利範圍，其需要即已滿足。過廣的權利界定，對他沒有好處，反而突顯了「其中的原則」在權利範圍的不確定性與爭議。

現在，讓我們來看看 Blackstone 在 *Tonson* 案（1762）如何安置這兩個智慧成為財產所必須面對的難題。

第三款 私有表達與公共思想 ：個人原創、心智勞力以及公共/私有的二元對立

1756 年 William Murray 被授爵為 Lord Mansfield，並且擔任國王法院的首席法官。鑑於 Lord Masnfield 在擔任律師時的立場，書商因此想要打一場訴訟確認文學創作的普通法財產的地位。William Blackstone 是這場訴訟的第二輪的原告律師，他的委託人是書商 Tonson。

Blackstone 首先指出「勞動」與「發現」是財產的自然基礎與開端。**而鑑於「原創創作」**（Original Composition）**中「原創」即有發現之意，「創作」則是作者「辛勤」與「勞動」的文學產出**，所以，「原創創作」根據自然法的理性，當是普通法所保護的財產。[70]值得注意的是，Blackstone 直接引用 Locke 的《政府二論》，指出根據 Locke 的看法，財產權的理性基礎在於身體勞動，而他認為基於同樣的理

[69]Rose 也有同樣的看法 See Rose, *supra* note 1 at 72.
[70]*Tonson v. Collins* (1762), at 321, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org. 粗體為本文所加。

由，心智勞動也可以像身體勞動一樣取得財產：「兩者除非予以滋養耕耘或改良，對財產權人都價值不高；兩者除了得到[財產權人]的同意，都不能從他中奪去」，更何況人類與野蠻的生物都具備身體勞動的能力，但是，**人所以異於於禽獸**在於「理性能力」，該能力的勞動成果**至少**與身體勞動一樣具備財產的資格。[71]對 Blackstone 而言，原創創作的價值如同經過開墾耕耘的土地一樣，其價值主要都來自於財產權人勞力的投入。

類似的論述內容也出現在數年後，Blackstone 影響美國法極為深遠的《英國法評論》，在該書論及「以占有為基礎的私人物所有權」(of title to things personal by occupancy) 的章節 ，在說明了數種以占有為基礎的私有財產後，Blackstone 認為：

> 還有另外一種以勞力與發現為基礎的財產，比起其他財產**更適於**歸類為於占有的標題下；因為 Locke 與許多其他學者都認為占有權利本身的基礎在於**占有人的個人勞力**。正是基於此種作者對自己的原創文學創作的權利，沒有任何人可以未經其同意出版或藉由其作品來獲利。當個人行使理智能力去創作原創著作後，他顯然有權去任意處置同一著作、而任何想要奪走他作品的嘗試，或者改動他所創作的內容，都是對他財產權利的侵害。[72]

Blackstone 在 *Tonson* 案與他的著作中都援引 Locke，論證文學創作因為是作者的心智勞力而是普通法的財產，但他想要藉此達到的「永久保護」目的，卻恰恰是 Locke 本人反對的。從第一節的討論，我們也可以看到 Locke 雖然認為作者應該享有一定期間的保護，但卻是使用了「授予」、「特權」的用語。更重要的是，若我們仔細審視 Locke 自己在《政府二論》的原文，Locke 在裡頭其實沒有提及類似智慧財產的概念。其實，如果考量 Locke 撰寫該書的政治目的與出版時的

---

[71]*Id at 321-322.*粗體為本文所加。

[72]*Blackstone's Commentaries, Vol.II (selected extracts)* (1766), at 405-406, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org. 粗體為本文所加。

脈絡，[73]以及當時對無體的智慧財產的觀念仍相當模糊，學者 Ronald Betting 的懷疑其實不無道理：Locke 在動筆撰寫該書時，根本沒有想過智慧創作可以是他理論下的財產。[74]不過，Blackstone 倒是開啟了智慧財產論述「借用」Locke 勞力理論作為其正當性基礎的傳統。[75]

不過，在 Blackstone 看來，「原創創作」比起 Locke 的勞力理論「更適於」更是個人占有的財產。這不僅是因為這是唯有人類獨有的「理性能力」下的產物，因此至少應該與身體勞動有同樣的資格，更在於它還是「原創」的。 稍早之前，Richardson 在自己的書籍被愛爾蘭都柏林的書商「盜印」時，就曾憤怒地表示「從來沒有任何人類的財產，比起這[原創創作]還屬於他的...他沒有向任何的作者借用...完全是他自己的勞力[成果]」。[76]Richardson 和 Young 有過多次信件往返，討論《關於原創的幾點想法》的論文內容時，有一次 Young 問 Richardson「您覺得詩人一語其意為何？」，Richardson 的回應是：「造物者，因此，他的著作是原創而且屬於他自己的」（maker, and consequently, his work is something original, quite his own）。[77]如果 Locke 的財產理論的基礎在於，透過混合「自己的」勞力將外在事物成為自己的財產，那麼作者的「原創創作」，更沒有理由被排除在財產之外。

或係如此，為被告辯護的 Joseph Yates，並沒有質疑 Blackstone 的心智勞力與原創創作的說法，相反地，他承認在未出版前心智勞力的成果可以是財產的客體，但是，他認為普通法的「財產權客體必然是可得占有之物」，而原告在本案可以主張的「只能夠是書籍中所達的思想」，因此，一旦出版，世界上的每個人和作者一樣都完全占有該思想，其欠缺可供辨識為個人私產的「標記」（mark），無法為個人的私產。[78]

---

[73]See Generally Richard Ashcraft, Revolutionary Politics & Locke's Two Treatises of Government (1986)

[74]Ronald V Bettig, Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property 20 (1996).

[75]研究西方文化史的美國歷史學家 Jacque Barzun 曾道：「那些有助於改塑西方心靈、制度的偉大名著，都是透過一兩句公式而成此功，卻不見得合於原先文本的內容。 名著往往在功成名就之後，才被其門徒、學者拿起來仔細研讀」。Jacques Barzun 著，鄭明萱譯，《從黎明到衰頹：五百年來的西方文化生活》(台北：貓頭鷹，2006)，頁 821。Locke 的公式在智慧財產的運用亦有類似情形。

[76]See Rose, *supra* note 1 at 116.

[77]*Id.* at 117.

[78] *Tonson v. Collins* (1762), at 333-334, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Tonson 案的七年之後，Yates 已是國王法院的法官，當以 Lord Mansfield 為首的同儕率皆肯認文學創作在普通法財產的地位時，持不同意見的 Yates 延續過去的立場，認為沒有任何人可以在「一組智慧思想」上作下固定的個人標記，從而得以宣稱他是這一組智慧思想的財產權人。因為所謂的「文學財產」全然是抽象、沒有邊界與標誌的思想，不可能被可見的方式被占有，而它們「全部的存在只在心智之中；除了心智的理解，無法以任何形式取得或獨享」；況且，「因為其非物質性，他們是安全而且無法毀壞的；......沒有任何欺騙與暴力可以減損或毀壞它們......但這些魅影卻是作者想要抓住與圈有的；並且是原告指控被告搶奪的東西。」[79]

由於認為未出版前的思想，可能是作者心智勞力的財產，但出版後因為其不可為個人占有或標記的性質，Yates 遂認為：「出版的行為若係作者自願為之，其實質上而且必然是[作者]**給公眾的禮物**（gift）」，蓋作者明知出版行為的必然結果為思想即刻而且無可避免地為人們所共用，不復為其所有。[80]

同樣是當時反對文學創作為普通法財產最力的 Lord Camden，在後來的 Donaldson 案中的演講，也有近似的看法。他認為幾可確定的是，只要思想還在每個人的的心底，他都對該思想享有財產權利，[81]但人們要面臨的問題是：「[個人]什麼時候放棄了該權利？什麼時候這些[思想]成為了公共財（public juris）」對此，他認只要思想還在個人的腦袋中，沒有人可以未經他的同意而強取，但是，如果個人已經發表言論，讓[思想]進入了私人或公共的論述，Lord Camden 反問：難道個人還可以對「呼吸、空氣、文字這些思想所附著之物」宣稱享有財產權利嗎？[82]他更進一步主張：

> 如果這個世上有人類可以一起共用的事物，本質上為公共財（public juris）的知識學問即屬之，它們應該與空氣和水一樣是自由而且通用的。[83]

---

[79]*Millar v. Taylor* (1769), at 2362, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[80]*Id.* at 2363 粗體為本文所加。
[81]*Donaldson v. Becket* (1774), at 997, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[82]*Id.*
[83]*Id. at 999.*

簡言之，Yates 與 Lord Camden 因為認為「思想」沒有形體、無法為個人占有、也欠缺標記讓他人得辨識其為特定人之私有財產，他們在出版後或者對他人表達後，即為任何人所共用的「公共財」(public juris) 、而且不可分割的存在每個人的心智之中，特定的個人不可能再對其享有專有排他的權利。那麼作為 Yates 的對手，而且立場亦與 Lord Camden 對立的 Blackstone 如何論證「其中的原則」或「思想」可以為個人占有而為作者受普通法保護的財產呢？

當 Yates 在 *Tonson* 案(1762)攻擊思想在出版後不能被占有，因此性質上不能是普通法財產後，輪到 Blackstone 答辯時，他的回答是：「風格與情感才是文學創作的必要本質。只有它們能構成其**同一性**（Identity）。紙張與印刷不過是附帶的，僅係傳達風格與情感至遠方的媒介。 每一份著作的複製，無論數量多寡，如果傳達了一樣的風格與情感，就是由作者的發現與勞力所產出的同一著作。」[84]

幾年後，在對後世的英美法律影響極為深遠的《英國法評論》，他也指出：

> 文學創作的**同一性特徵**全然在於其**情感與語言**；同樣的**思想**，若以相同**文字**傳達，必然是同一創作。[85]

Toson 案 並沒有最終的判決結果，但是在《英國法評論》出版後三年的 *Millar* 案，作為原告律師的 Blackstone 與 Yates 再次對壘。而儘管 Yates 此時的身份已是四位承審法官之一，但以 Lord Masfield 為首的三位法官接受了 Blackstone 的看法。對 Lord Mansfield 而言，文學財產的客體是「一組的文字、句子與不同形式的表達」，而非其傳達的「一套智慧思想或思考模式」。[86]

透過強調作者的「風格與情感」以及「語言」、「文字」，而非其中傳達的思想，

---

[84]*Id. 343.* 粗體為本文所加。
[85]*Blackstone's Commentaries, Vol.II (selected extracts)* (1766), at 406, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org. 粗體為本文所加。
[86]*Millar v. Taylor* (1769), at 2396, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

Blackstone 將文學創作的必要本質從「思想」的系列組合，變成作者表達個人特定風格與情感的文字和語言。如同 Rose 所言，表達情感的文字賦與了文學創作一種「實體的氣味」，[87]這也為無體的智慧在誕生之初，提供了一個有形的表徵，從而讓無體智慧得以成為私人財產的客體。

不過，另外值得我們注意的是，作品的的「同一性」，在此是建立在「作者個人的風格和情感」之上。而這與當時逐漸興起的浪漫主義思潮有關。本身也是詩人的 Blackstone，很可能讀過幾年前，前文提由 Edward Young 所撰而且傳誦一時的論文《原創創作的幾點想法》。 文中 Young 認為模仿違反了自然，因為其「摧毀了所有心智的**個人性（**Individuality），文學世界將不再由個體所組成，而是混合的整體 （Mass）」，而上帝造人，原本每個個體都是原創的，沒有兩張臉、兩個心靈是一樣的；[每個人]都有著天生的明顯**標記**（mark）可以彼此分離」。[88]

事實上，強調文學創作的「個人性」，正是 Francis Hargrave 在《為文學財產辯護》（Argument in Defence of Literary Property）一文，[89]認為:「文學創作可以相互區別，是個予以論證都顯得多餘的明顯事實」的原因，「每個人都有組合或表達他個人特別想法的方式。同樣的原則、同樣的想法，從來不會有兩個人，或者甚至是同一人在不同時間，以完全相同的語言來表達」，他認為：

> 文學作品**確實是**原創的，就像人類的面貌一樣，總是都有一些個別性、輪廓、特徵去劃分它、並且固定與建立其個體特徵[90]

[87]Mark Rose, *supra* note 1 at 90.
[88]Young, *supra* note 51 at 42.粗體為本文所加。
[89]Hargrave 是前述 Donaldson(1774)案中，被告 Becket 的辯護律師，《為文學財產辯護》原本是他在 Donaldson 案的辯詞，但因為沒有機會在 Donaldson 案中發表，他事後將該講稿出版。雖然 Hargrave 在後來成為知名的學者和大律師(barrister)，但是 Donaldson 案時他還相當年輕，因此該案在國會上的辯護，是由 Alexander Wedderburn 與 John Dunning 兩位資歷較久的律師所主導。
[90]*Hargrave's Argument in Defence of Literary Property (1774)*, at 6-7, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org 粗體為原文所強調。

相較於「表達」被認定為「個人」的「私有財產」，「思想」則被主張文學創作是普通法財產的論者劃在「公共」的範疇。例如，在《作者對其所有作品的專有排他權利的證立》（A Vindication of the Exclusive Rights to their own work ）一文中其作者表示：任何合法取得其著作的人，都可以自由利用他著作中的思想，以不同的方式來傳達同樣的想法，如果不同意他的看法，也可以另行創造其他的原則，反駁他著作的意見。 因為他認為雖然這兩種情況都是建立在他著作的基礎上，但是呈現的表達結構並不一樣。[91]我們可以看到對這位匿名作者而言，表達雖是個人的財產，但思想是可以進行相互辯論的公共領域。

簡言之，思想/表達二分法，不僅讓「其中的原則」成為可以由個人占有的財產客體，也讓被界定為原創的個人「表達」，在本質上成為在私有/個人的範疇，而不屬於公共的領域。但是，這個劃分始終是武斷而且流動的。Lord Camden 在 *Donaldson* 案即已指出若如同某些論者所主張的，因為思想具有文字符號的型態，所以是可以占有的財產，為何傳達作者同樣思想與結構的翻譯和節錄，又不在他們所謂的文學財產的權利範圍內？因此，他認為：

> 這些疑問顯示了[文學財產]的論證是如何地自相矛盾，其客體不斷地在飄移，有時候是私有的，而在某個意義上又變為公共的。[92]

令人感到反諷的是，Lord Camden 質疑的翻譯和節錄，在未來十九、二十世紀的美國，都重新被界定為「表達」。不過，一旦這些昔日的「思想」成為今日的「表達」，它們就不再是公共的事物，而屬私有的文學財產。思想/表達二分法儘管武斷，甚至是「昨非今是」的自相矛盾，但它所架構的公私二元分立，在未來卻始終是緩和智慧財產權人正當性焦慮的重要概念。

---

[91] Anon., *A Vindication of the Exclusive Rights of Authors to their own works: A subject now under consideration before the 12 judges of England* (London: Griffiths, 1762), quoted in Ronald Deazley, Commentary on *Pope v. Curl* (1741) , *in Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[92] *Donaldson v. Becket* (1774), at 998, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

第四款　智慧財產客體利用行為的公私定性：通往私宅的鑰匙

在思想/表達的二元界定下，思想固然是任何人都可以共用的公共的領域，而表達是個人的私有財產，但是，這樣的界定以及隨之而來的二元對應，本來就有相當的武斷性。「表達」很可能具有公共的性質。因此，我們可以看到當時許多主張文學創作亦屬普通法之財產的論者，開始時往往閃爍其詞，只將非常有限的客體利用方式認定在個人的權利範圍。 Warburton 的作者對其文學財產「享有以抄寫與印刷來牟利的專有權利」的說法，即屬一例。甚至，有時候這些論，還刻意避免財產客體的問題，而僅將專有財產界定在結果的層面，例如 *Tonson v. Collins* 案，原告 Tonson 的律師 Wedderburn 一開始就強調「當他提到財產權利時，他指的是對書籍的利潤，而不是其中的意見和風格」。[93]

Wedderburn 的策略並不成功，因為就像被告律師 Edward Thurlow 的質疑一樣，原告對「出版利潤的財產，必然預設對該事物的財產」，[94]而他的定義也沒有迴避掉一些在當時被認為是「公共」的情境。 Thurlow 就質疑依照 Wedderburn 的財產權利的定義，圖書館買了一本書後借閱給無數的讀者，豈不有害於書籍的銷售，難道圖書館侵害了作者的財產權利嗎？[95]

相反地，對 Weddburn 的繼任者 Blackstone 而言，財產客體就是由文字組合而成而帶有個人風格和情感的「表達」，因此不僅是印刷或抄寫、同樣是傳達表達方式的朗誦，也都在作者財產權利的範圍。 但是，他認為認為作者一旦將書籍出版，就等於放棄了專有朗讀該著作的專有權利。[96]這種「擬制」使得 Blacsktone 在理論上維持一貫，但又避免了其理論的主張會涵蓋了出版商當時不需要，而且會引其對智慧財產質疑的利用行為。Blackstone 如此形容作者的出版行為：

---

[93] *Tonson v. Collins (1761)* , at 302, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900) eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org
[94] *Id.* at 301.
[95] *Id*.
[96] Tonson v. Collins (1762), at 324, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

> ...比較像是在**私有土地**讓人有一條路去通行，只要[所有權人]高興，他就可以隨時終止。透過出版一些著作，他的確是贈送了幾把**鑰匙**；但是任何收到鑰匙的人，並不因此有權利再仿造鑰匙，轉讓給其他人。[97]

因此，對於 Blackstone 而言，前述 Thurlow 的圖書館的質疑並不存在，因為諸如圖書館等書籍購買者要如何處置其書籍是的自由，但是除了作者以外，沒有任何人有權利製造**新**書。[98]換言之，人們可以把鑰匙借給別人，但不能自己仿造作者的鑰匙。

如果我們 Blackstone 這段論述放到公私對立的智慧財產論述的脈絡來看，前述的文字有兩層的意義。 其一，這表示公眾對文學財產的利用，其實只是取得接近使用（access）作者私有財產的「鑰匙」，而無論持有鑰匙的人有多少，他們進入的仍然是個人的私有財產。 其二，許多公眾看似可以對該私有財產自由使用的情況，其實是作者的「贈送」； 甚至只是作者暫時讓人們可以通行其「私有土地」的「容忍使用」，所有權人隨時可以任意終止。而此兩者，都不會改變文學創作作為個人私有財產的性質。 換言之，以表達為財產客體的文學創作，即使為許多人共同享有與利用，有些利用行為因為作者的「擬制自願」的放棄，甚至是自由利用的範疇，都不會改變其個人私有財產的性質。

---

[97]*Id. at* 341. 粗體為本文所加。

[98]*Id. at* 325. 粗體為原文所強調。

第三項 反獨占論述與作家的報酬

第一款 反獨占論述與有限期間的著作權

在 *Millar V. Taylor* (1769)案，以 Lord Manfield 為首的多數法官，認定文學創作亦屬普通法所保護的財產。 倫敦書商似乎又可享有過去執照法案時代永久的獨占了，而且還不需背負審查者的惡名。 不過，勝利來得漫長，喜悅卻很短暫。*Millar* 案判決之後，蘇格蘭的書商 Donaldson 仍然已低於倫敦書商的價格，銷售超過安妮法案存續期間的書籍，其中也包括 *Millar* 案的判決標的《四季》（The Seasons）。 後來購得該詩集的書商 Becket 因此向法院申請禁制令。1772 年英格蘭衡平法院的法官 Lord Apsley 允諾了書商 Becket 對 Donaldson 永久禁制令的請求。Donaldson 決定對衡平法院上述的決定提起上訴，1774 年國會上院在 *Donaldson v. Becket* 推翻了 *Millar* 一案的認定，確認了專有印刷權利不得永久存在，著作權成為有限期間的權利。

Donaldson 一案的審理過程在當時引起了廣大的注目，根據當時報紙的記載，由貴族議員組成的國會上院審理此案時，旁聽席裡擠滿了人，包括許多文壇人物也到場聆聽。 在審理的最後，為了釐清法律爭點，Lord Apsley 法官提出了三個問題讓國王法院的十二位法官表達其意見，供國會上院的議員「參考」[99] 政治立場與 Lord Mansfield 針鋒相對，並亦曾任法官的 Lord Camden，在 Lord Apsley 法官的問題之外，則另外提出了兩個問題：第一，作者及其**受讓人**是否因為普通法享有專有印刷與出版同一書籍的**永久**權利？ 第二，這些權利是否因為安妮法案受限制？[100]如同 Patterson 所言，以法律分析而言，Lord Camden 的問題其實是在重覆 Lord Apsley 法官的三個問題，[101]但是，本身也是國會上院議

---

[99]這些法官的意見僅供國會上院議員參考，對國會議員沒有拘束力，國會議員的表決才是真正的判決。

[100]*Donaldson v. Becket* (1774), at 970-971, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org . 粗體為本文所加。

[101]PATTERSON, *supra* note 9 at 176. Lord Apsley 的三個問題大意為：第一，作者對其文學創作是否享有「首次出版與印刷的專有權利」，可以向未經其同意印刷或銷售同一書籍的人提起救濟 ？ 第二， 如果作者原本享有此種權利，其是否在出版時就不再享有該權利？第三，該權利是否因為安妮法案而受限制，因此作者僅能在安妮法案的條件與期間內行使權利？ *Donaldson v. Becket*

員的 Lord Camden 其實是在透過「受讓人」以及「永久」的強調，提醒他的同儕，他們所要決定的是書商能否永久獨占特定書籍的印刷與銷售，而不是所謂的作者的普通法財產。

在十一位國王法院的法官[102]對此表達意見後，多數認為作者享有首次出版與印刷其作品的權利，而該權利不僅在出版後繼續存在，也不受安妮法案的限制。[103]

Lord Camden 在國會議員表決前的演講再次向他的同儕表示：「如果[永久]的獨占被各位大人們的判斷所認可，昂貴的書籍價格不可避免」，而所有有價值作者的作品，例如 Shakespeare 的作品，都會忽然會有人宣稱這是他們在古早之前輾轉取得的私有財產。如果我們接受永久保護的看法，屆時，「所有我們的知識與學習將會永久地操之於 Tonsons 和 Linstons[這些書商之手]」，為了滿足他們的私慾，他們會將價格訂得盡可能的高 ，直到我們所有人都成為他們的奴隸 。[104]

Lord Camden 的演說頗能打動他的同儕，他的講法也與過去是自 Locke 反對書商永久的獨占，強調「買書人」利益的訴求遙相呼應。 最後參與表決的議員，沒有採納多數法官的意見（這在當時的國會上院頗為罕見，因為國王法院法官雖然只有參考性質，沒有拘束力，但是多數情況上院議員都會依照法官的意見表決），推翻了 Lord Apsley 法官在衡平法院根據 *Millar* 案的決定所下的禁制令。1774 年 3 月 *Donaldson* 案宣判不久後，書商另外再次提了一項議案，該議案的內容並未區分已超過安妮法案年限的著作，而是自 1774 年 6 月 4 日始就所有已出版的著作，作者或其受讓人「....享有十四年...單獨與專有印刷書籍的權利.....且**僅此為限**（and no longer）」； 國會下院通過了議案，但是剛剛宣判的上院擱置

(1774), at 970-971, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .

[102]也是國王法院法官 Lord Mansfield 並不在其列，可能為了避免爭議，他選擇保持沈默。

[103]根據傳統的主流說法，在第三個問題，表示意見的法官多數認為作者的普通法權利因為安妮法案受到限制，但如同 Rose 所指出，這其實是錯誤的記載，不過這卻是後世對 Donaldson 的主流理解。Rose, *supra* note 1 at 98-99.

[104]*Donaldson v. Becket (1774)*, at 1000, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .

了該議案。[105]書商「僅此為限」的努力，這次沒有成功。

反書商獨占並且強調買書人利益的論述，無論在 *Donaldson* 案或者安妮法案，都是催生有限期間的專有印刷權利書籍的主要力量之一。不過，Locke 面對的是藉由與政府合作，即使是就千年以前的古籍仍然享有專賣地位的「審查者」書商。 想反地，書商在安妮法案的過程中，已重新將自己定位為受讓作者財產的「正當所有人」。因此，與 Locke 不同的是，Lord Camden 的反獨占論述必須特別處理作者的問題。 到底作者應不應將他們的著作向商品一樣販售給書商，和 Lord Camden 口中「骯髒的書商」打交道呢？

第二款 作家的光榮與報酬

知識乃天主的贈與，因而不能出售。

中古警語[106]

智慧會在十八世紀的英國逐漸演變為財產，與當時文化逐漸被視為一種可以在市場交易的商品的態度有關。Defoe 在 1725 年已經宣稱：「寫作已成為英國商業非常重要的一支」，並且認為書商像是大製造業，而作家像是「工人」。[107]十八是世紀的英國，也是有史以來，少數的作者可以不需要貴族與國王的資助，而直接靠寫作的市場收益維生；Samuel Johnson 在 1746 年因為他所編的《辭典》，得到預付的一千五百七十五英鎊的稿費。[108]

儘管如此，許多十八世紀的作家，並不太希望自己被看做寫作營生的「職業作家」，反而常常將自己「再現」為朋友與自娛寫作的紳士，；對 Pope 來講「我為何寫作？」(Why did I Write ?)這個問題，他在詩作中的回答是「謬司獻身給友

[105]See RONAN DEAZLEY, RETHINKING COPYRIGHT: HISTORY, THEORY, LANGUAGE 21-22 (2006)(citation omitted).粗體為本文所加？

[106]轉引自 Peter Burke 著，賈士蘅譯，《知識社會史：從古騰堡到狄德羅》（麥田：台北，2003），頁 243。

[107]同前註，頁 271。

[108]同前註。

朋而非糟糠之妻」(The Muse but serv'd to ease some Friend, not wife)，寫作的目的，在於「助我度過這漫長疾病 ---我的生命」(To help me thro' this long Disease, my life)。[109]過去將知識認為是天主的贈與，而作家身為天主的信使，不應該在銅臭中打滾的態度仍然存在。 至少，許多作家不願意被認為與在市場中打滾的商人無異。[110]

當 John Dalrymple 在 *Donaldson* 案向國會上院議員發表演說，他反對將創作與金錢掛鉤，認為永久著作權保護帶來的可觀利潤，會「鼓勵向錢看齊的寫作心態，而這不僅是作者的恥辱，也令他所處的時代蒙羞」，而「有害」於文學的發展。[111] Lord Camden 也有相近的看法。在他的演說中，也指出：「那些與上帝分享神聖光芒而我們稱為天才的...巨大心靈」，不應該對世界一毛不拔，將上帝賜與人類的利益占為己有，因為「**光榮是知識的報酬**」，而真正偉大的心靈，根本對此種吝嗇態度斥之以鼻 。「Bacon、Newton、Milton、Locke 對我們的教導與啟示不是為了他們的個人私利」，如果他們非得和「骯髒的書商打交道」，實令人感到不值。 他指出：「當書商出價五磅購買 Milton 的《失樂園》，他並沒有一口回絕地把詩燒掉，但他也沒有接受這少得可憐的施捨是他勞力應得的報酬，因為他知道作品真正的價格在於其不朽，而後世的人們將會補償他。」[112]除了光榮作為報酬以外，並且認為書商的出價不可能反應作品的價值之外，Lord Camden 也認為我們無需擔心「天才是否有高貴的動機與誘因去傳達真理與發現」，因為，這一切都已在上帝的安排之中：沒有與人分享的真理與發現，根本毫無用處，「知識對一個孤獨的所有人（solitary owner）是沒有價值與用處的，為了享受知識的好處，他必須將知識傳播出去。」[113]

須指出的是，John Milton 與書商打交道，以「五磅」在 1667 年將他的《失樂園》賣斷，其實是 Lord Camden 用來暴露作者與書商利益矛盾精心挑選的例子 。

---

[109]See Rose, *supra* note 1 at 58-59. (citation omitted).
[110]Pope 其實是非常在意他書籍的銷售以及他對書籍的權利，如同前文所述，他是 *Pope v. Curll* 一案中的原告，而該案不僅是無體智慧財產概念的誕生時刻，也是 Pope 一手設計的案件。Curll 所出版的他與 Swift 的通信，是 Pope 透過管道故意讓手稿流到 Curll 的手上，等到 Curll 擅自出版他的通信後，他就可以以「更正錯誤」為由出版自己的通信，而不被指責為虛榮好利。*Id.* at 59-60.
[111]*Id.* at 104.
[112]*Donaldson v. Becket* (1774), at 1000, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org . 粗體為本文所加。
[113] *Id.* 999-1000.

Milton 作為大詩人的地位在十八世紀已經建立，不過在他的眼盲、家財日窘的晚年，如同 Lindenbaum 所言，他其實非常高興有**任何人**，竟然願意出價，冒險出版他這位「過氣詩人」（out-of-favor poet ）的著作，[114]讓其嘔心瀝血在眼盲中創作的《失樂園》得以出版傳世。此後， 書商 Tonson 分別在 1689 與 1691 向原本的書商購入《失樂園》。 往後的銷售，證明這是一筆絕佳的生意，失樂園一直是 Tonson 最賺錢的資產之一。1867 年，就在 Milton 賣斷《失樂園》的整整一百年後，Tonson 將《失樂園》以九百磅的價格轉售其他書商。不過，儘管「藉由五磅史詩帶來的獲利，Tonson 還有他所有的家族成員以及受讓人，出則乘車馬衣美裘」[115]，Milton 的孫女 Elizabeth Foster 卻是窮困潦倒；1749 年，在 Foster 的潦困被 Thomas Newton 披露之後，當時的英國文壇領袖 Samuel Johnson 還協助辦了一場失樂園的義演，當晚售票所得一百三十磅由 Elizabeth 享有；事後，Johnson 在他的《詩人的生活》（Lives of Poets ）感嘆「[這]是作者的後代，因為失樂園唯一一次得到的好處」。[116]不過，這筆唯一的財富，還得歸功於當時的「著作權」僅限於專有印刷的權利，而不像今日的著作權，「保護更為完整」，包括公開演出等一系列的權利，否則，這筆 Milton 後代唯一一次因為《失樂園》所得到的好處可能還得歸「正當所有人」書商 Tonson 所有。

因此，當 Lord Camden 點到為止地提到 Milton「五磅史詩」，這個為其同儕所熟悉的故事時，[117]他其實提醒了他的同儕，撇開那些保障作者財產的高調，永久保護真正的獲利者其實是書商，而非作者。 書籍價格訂得再高，也都只是滿足 Tonson 書商的「私慾」，讓「我們所有人都成為他們的奴隸」，而這與鼓勵創作、補償作者、促進知識學習，沒有太大關聯。

簡言之，Lord Camden 不僅訴諸光榮是知識的報酬，也認為和書商打交道的作者，所得到的報酬根本不能反應其作品的價值； 永久的獨占讓買書人要以

---

[114]Peter Lindenbaum, *Milton's Contract*, *in* THE CONSTRUCTION OF AUTTHORSHIP : TEXTUAL APPROPRIATION IN LAW AND LITERATURE , 188-189 (Marhtha Woodmansee & Peter Jaszi ed., 1994).粗體為原文強調。

[115]這借用自是十九紀初英國人 Issac Disraeli 的描述，原文為 Tonson and all his family and assignees rode in their carriages with the profit of five-pound epic. See Ronald Deazley, Commentary on Milton's Contract (1667), in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, (eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org , 2008) (citation omitted).

[116]See *Id.*

[117]值得一提的是，Milton 這份契約也是目前有流傳下來的，英國作者與書商最早的契約原本文獻。

更昂貴的代價學習知識，但是因此得到好處只有書商。

不過，贊成文學創作是普通法永久財產的一方，對此的看法卻完全不同，在 1762 年為其委託人書商 Tonson 辯護時，William Blackstone 主張：

> [作者的]利益唯有從商業出版才可以獲取，而該利益得以獲得保障的**唯一方式**是讓作者享有專有排他的權利。

如果文學創作不享有財產的保障，Blackstone 認為很少人會再去閱讀、學習、寫作或出版，就如同我們一旦不保護土地的財產權，也沒有人會辛勤的耕種，農業的發展也將停頓。[118]我們可以看見，就創作與出版誘因的層次而言，Blackstone 的看法與 Lord Camden 截然不同。 Lord Camden 根本不認為誘因是個問題，因為一切已在上帝的安排之中，知識對一個「孤獨所有人」是毫無價值的。

值得注意的是，Blackstone 也嘗試**將作品本身的價值與市場的價值區隔開來，並且以後者作為財產的基礎**。他指出紙牌遊戲惠思特(Whist)的介紹文章，雖然可能引人走向墮落，但是它與牛頓的《自然哲學的數學原理》一樣，都是普通法財產的客體，因為：

> 任何**有價值**（Value）**之物必然是財產的客體**，它的價值蘊含在其得以**交換**另一有價值之物.....所以，每一個文學創作都有價值，並且由其獲得的**銷售額**來衡量。[119]

另一方面，就市場的交換價值，是否代表作者「應得」的報酬，Lord Mansfield 與 Lord Camden 也有截然不同的看法。Lord Mansfield 在 *Millar* 案，當自問什麼是文學創作作為普通法財產的理由時，他訴諸的是：「這是正義的，讓

---

[118] *Tonson v. Collins* (1762), at 322, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .

[119] *Id.* 粗體為本文所加。

作者對其**原創與勞力**的成果享有金錢上的報酬。」[120]相反地，Lord Camden 對「市場」的運作是否可以讓作者因其貢獻獲得其勞力的應得的報酬相當不信任。對他而言，衡諸 Milton 的《失樂園》在文學與思想上的價值，他應得的報酬，不可能只有吝嗇的書商所施捨的五鎊，反而是表現在他後世的光榮與不朽。 相反地，對 Lord Mansfield 而言，「正義」就是作者應該得到他的文學財產的銷售的「金錢上的報酬」。而從 Blackstone 的看法，我們也可以發現他把重心從作品的本身在知識與文化上的價值，轉移到市場上的交換價值，該價值並且「由其獲得的銷售額來衡量」。 對 Lord Mansfield 與 Blackstone 而言，作者從市場獲得的金錢報酬，是作者對其原創與勞力的成果「應得」的報酬。

不過，如同 Freidrich Hayek 所言，市場價格與「應得」與否沒有太大關聯，「它們的功能與其說在於讓人們就**已經**做過的事獲得報酬，還不如說是在告訴人們就其一般利益而言，他們**未來應該**怎麼做」。[121]因此，即使先不論商業出版是否必須只能依靠專有排他權利獲利，以及讓作者就其「原創與勞力的成果」獲得金錢報酬，是否在邏輯上可以直接導出作品必須是財產客體，可以確定的是，這種「應得」的報酬，如同 John Dalrymple 所言，會「鼓勵向錢看齊的寫作心態」。而這樣的心態，以及著作/財產/交換價值的三位一體，卻是資本主義將文化商品化的必要元素。 Blackstone 的「交換價值」的財產基礎的立論，為我們提示了智慧財產論述與資本主義的合作關係。將來美國十九世紀交換價值與智慧財產的關係，同樣也反應了此一結構。

第四項 小結

Patterson 認為「公共園地」的創造是安妮法案一個相當重要的層次，儘管它的存在，要等到六十多年後的 *Donaldson* 案才獲得法院的確認。[122]不過，從 1710 年到 1774 年這場關於「公共園地」的爭論，公共園地從來就不是討論的「主體」，

---

[120] *Millar v. Taylor (1769),* at 2399, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org . 粗體為本文所加。
[121] F. A. Hayek, Law, Legislation and Liberty 71-72 (1976).
[122] L. Ray Patterson & Stanley w. Lindberg, The Nature of Copyright: A Law of User's Rights 29-31 (1991).

而是存在於背景的「客體」。無論贊成反對，如同 Rose 所言，這些律師與法官都是使用他們最熟悉的語言—財產法，[123]他們所爭辯的問題是：智慧是不是普通法的財產客體？如果是，安妮法案「僅此為限」的規定，解釋為對永久存在的普通法財產的限制是否符合「立法者原意」？

其實，從 John Locke 到 Lord Camden，並沒有誕生所謂的「公共園地論述」，反而是無體智慧財產的概念及其論述，在這段期間漸次建立與成型，奠定了日後智慧財產論述的基本框架，而公共園地則在框架之外，扮演著不可或缺的他者。當「其中的原則」從書籍中被萃取出來，成為了單獨可以作為財產的客體，這種作者的**「原創創作」**，對 Blackstone 而言，很明顯地具備了理性自然法下普通法財產的要件。「原創創作」的「創作」意謂心智勞力的投入，因此如同 Locke 的身體勞動的理論一樣，沒有財產的保護，將沒有人願意滋養耕耘土地。就此，Blackstone 的論證其實與 1735 年書商的請願—認為開放所有的書籍，使其不再享有確定的財產，知識的土地將會荒蕪，阻礙辛勤與改善---的說法，如出一轍。他們都以辛勤勞力的投入，來建構無主的知識土地的荒蕪形象，透過「公共園地」的他者的建構，證立智慧作為私有財產的必要性。其次，就「原創創作」的「原創」而言，它不僅讓作為造物者（maker）的作者，與 Locke 的勞力混合理論相較，更有理由宣稱這是「我的」，也貶低了由「既有的素材」組成的「公共園地」。作為作者「理想的我」的原創天才，應該要偏好自己內心的寶礦，而非懶惰地借用、 拼裝別人的東西，在此，公共園地被建構為理想的作者不應該認同的他者，從而其存在與否，也不值得有志於「原創」的作者的關注。換言之，「原創」的概念從正反兩面正當化了智慧財產(擴大)保護的必要，就積極面而言，沒有什麼東西比「原創」的創作更屬於我的，而就消極面來說，理想的作者不需要「公共園地」，真正有價值擴大知識國度的著作也是「原創」的，因此「公共園地」的縮減也就沒有什麼損失可言。

相對於智慧財產論述在 1710 年到 1774 年之間的「後安妮法案時代」的成長，Lord Camden 在 Donaldson 案，仍然沿襲了 John Locke 對抗執照法案的反書商獨占的論述，訴諸買書人的利益。但是，此刻，書商已從「審查者」成了「受讓人」，

[123]Mark Rose, *Nine-Tenths of The Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 75, 85 (2003).

而他所受讓的財產也不再是實體書籍，而是作者「原創創作」的文學財產。雖然 Lord Camden 透過 Milton「五磅史詩」的例子，說服了他的同儕，不過就正在浮現的職業作家而言，相較於書商的招納，Lord Camden 光榮是知識報酬的說法，更讓他們無法認同（至少書商還願意付五磅）。事實上，「公共園地」誕生不過幾十年，英國以 William Wordworth 為首的一群作家，便開始對抗他們的「敵人」---公共園地，要求永久保護或延長保護他們的創作。[124] 而 Lord Camden 上述的說詞更成為他們引用與嘲弄的對象。[125]

Defoe 在前文曾將職業作家的比喻是工廠裡的「工人」，但是以工人的身份，世俗的爭取其金錢報酬的 William Wordsworth，其實是十八世紀英國浪漫主義的代表詩人，而他自己對詩人的界定是遺世獨立、超乎於世俗之上的原創心靈。這個雙重的身份對 Wordsworth 而言並未有特別的衝突。[126]其實，一方面將智慧財產的保護，繫於於市場的交換價值，而非文學與思想價值的「原創性」，一方面卻又高舉浪漫天才的作品的「原創性」看似矛盾，但卻是智慧財產論述的根本結構。唯有如此，它才可滿足資本主義將文化商品化所需的智慧財產「保護」，而又以浪漫天才開拓新疆的「原創」，來證立作者及其受讓人作為智慧財產權人的正當性。 在下一節，我們將可以看到此一斷裂與矛盾的發展和深化，但在此之前，我們先把焦點放在剛剛獨立不久，想要在文化上自立的美國對公共園地的態度；反諷的是，十八世紀的倫敦書商反對公共園地，認為開放知識的土地將會造成荒原，但是，十九世紀末以前的美國東岸出版商，卻是公共園地的捍衛者。 對認為英國人的著作都是公共園地，都是「我們的」的美國出版商而言，國際著作權法的立法無疑是對知識的課稅。

---

[124]See CATHERINE SEVILLE, LITERARY COPYRIGHT REFORM IN EARLY VICTORIAN ENGLAND: THE FRAMING OF THE 1842 COPYRIGHT ACT 149-175 (1999).

[125]*Id.* at 156.

[126]有關Wordsworth與創作商品化的討論，See Richard Swartz, *Wordsworth, Copyright, and the Commodities of Genius*, 89 MODERN PHILOGY 482, 482-509.

第三節 西方智慧財產論述的發展與深化

第一項 文明的海盜：獨立、美國與公共園地

第一款 公共園地與國家文學

You steal Englishmen's book and
Think Enlishmen's thought,
With their salt on your tail your wild
eagle is caught ;
Your literature suits its each whisper
and motion
To what will be thought of it over
the ocean

James Russell Lowell , 1848

1783 年美國獨立戰爭結束，1787 年被人稱為美國教育與學習之父的 Noah Webster，在《美國雜誌》發表了一篇名為《論教育》的文章，文中他以高昂的語氣寫道：

> 美國人，解開你們**心智的枷鎖**，活得像個**獨立**的人吧！你們當小孩、 受人控制、順從於高傲父母需索的日子已經太久。你們現在有自己的利益要爭取與捍衛......要建立自己的**國家性格**、擴展自己的智慧和美德。[127]

對 Noah Webster 與許多當代的美國人而言，美國公民的教育是美國完全獨立，擺脫高傲父母—英國—控制的重要一步。三年後，Noah Webster 說服了 James Madison 支持著作權法的立法，也協助其擬定議案。 國會審查該議案的期間，美國總統 Washington 發表演說，督促議員通過這個旨在「促進知識與文學」

[127] CATHERINE SEVILLE, THE INTERNATIONALISATION OF COPYRIGHT LAW: BOOKS, BUCCANEERS AND THE BLACK FLAG IN THE NINETEENTH CENTURY 150 (2006)(quoting Noah Webster). 粗體為本文所加。

的議案。 該議案最後成為在 1790 年由國會通過，為美國第一個聯邦著作權法。根據其規定，美國的公民與居民就書籍、地圖等著作，可以在註冊後取得 14 年的專有印刷權利，期間屆止時若作者仍再世，可以另外申請延長十四年，但是，依據該法，包括英國人在列的外國人，不能註冊取得專有印刷的權利。 這些著作是美國人「解開心智的枷鎖」，尋求文化自立的公共園地。事實上， 對於飽受英王喬治貿易獨占與苛稅之苦，因而獨立的美國而言，這似乎是最自然不過的結果。 在其知識與文化高度依賴英國之際，很難想像美國國會會制定一部著作權法，讓倫敦書商掌控書籍的貿易、以著作權為名向他們的知識學習「課稅」。有趣的是，正好在 1790 年，《大英百科全書》的第三版被費城出版商 Thomas Dobson 刪除「大英」二字，以《百科全書》為名在美出版銷售。他還僱用了 Jedidah Morse 重新撰寫他認為不正確或帶有英國偏見的條目，並且刪除了給英王喬治的獻詞；這本書名頁寫著「第一個美國版本，共十八冊，內容大幅改善」（The First American Edition, In Eighteen Volumes, Greatly Improved ）的《百科全書》，售價六元，不到《大英百科全書》的三分之一；包括 Washiton 總統、Thomas Jefferson 與 Alexander Hamilton 這些美國的制憲者，都是《百科全書》的客戶。[128]

不過，也有人認為英國著作都是公共園地的情況，反而不利美國文化自立，因此反對這樣的作法。例如，在前引的英詩，我們可以發現，對 Lowell 這位作品的銷量，最早與英國詩人的作品在美國並駕齊驅的浪漫詩人而言，[129]「偷」英國人的書，不只道德上值得譴責，也不利美國文化上的獨立---美國將亦步亦趨地跟隨英國的文化與思想，而「狂野老鷹」也無法展翅高飛。

美國立國的前一百年，一些人也與 Lowell 有相同的看法。他們主要的論理是認為便宜的英國著作，將會壓縮美國作家的創作市場，讓美國人無法有自己的本土文學。George Palmer Putnam 是美國十九世紀重要的出版家。 1837 年他一手創立了「國際著作權協會」（International Copyright Association），鼓吹國際著作權的保護。 一直以來，他就戮力蒐集美國作家與英國作家在市場上的價差，去證明上述論點。根據他蒐集的資料，1834 年翻印英國或其他國家作品的書籍的銷售價格是每冊七十五美分，但美國作家的作品卻索價一美元二十分，足足

---

[128] See HERMAN KOGAN, THE GREAT EB; THE STORY OF THE ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA 25 (1958).
[129] James Russel Lowell, http://en.wikipedia.org/wiki/James_Russell_Lowell, Wikipedia (last visited 2010/07/27).

多了一點六倍。[130]其結果是名氣遠不如英國作家如 Charles Dickens、Thomas Hardy 等人的美國作家，還得面對著作價格太高在市場上缺乏競爭力的問題。或許， 對 Putnam 而言，不保護外（英）國人著作，美國人面對這樣的批評時，永遠抬不起頭：「哼！美國人沒有他們的**國家文學**。他們完全靠掠奪（plunder）來過活---掠奪貧窮的奴隸和窮苦的英國作家」。[131]

Putnam 設立「國際著作權協會」的 1837 年，國會議員 Henry Clay 提出了美國第一個關於國際著作權互惠保護的 Clay Act。 該案沒有通過，但在 1842 年春天又重新進入議會討論。同年，英國作家 Dickens 抵達美國，風塵僕僕地展開他的美國紀行，四處受邀演講。Dickens 的小說在美國非常暢銷，銷售量還高於英國本土，不過，除了有一些美國出版商的「禮貌性酬金」之外，Dickens 並沒有因為這些翻印獲利。可想而知，Dickens 相當關心美國國際著作權保護的立法。 在一次公開演講的場合， 他呼籲美國必須趕快通過國際著作權的立法：「第一，因為這是正義的；第二，沒有它（國際著作權保護），你們永遠不會有自己的文學」。[132]不過，一位英國作家鼓吹保護英國人的著作來建立美國文學，對剛剛再次進入國會審議的 Clay Act 而言，反而是場災難，該法案最終胎死腹中。[133]。

其實，反對 Clay Act 最力的，不是別人，而是藉由翻印英國雜誌與書籍獲利甚豐的美國出版商，當 Clay Act 再次進入國會審議時，費城的出版商 Sherman 和 Johnson 向參議院表示：

> 所有英國文學的豐饒都是**我們的**。英文作品有如重要的空氣一樣，自由/免費（free）地進入我們的國家，不必課稅、不受阻礙、甚至連翻譯的必要也免了；所以問題在於，我們要對其課稅，從而阻礙了知識的流動和道德之光？我們應該築起水壩攔下知識的河流嗎？[134]

---

[130]See SEVILLE, *supra* note 127 at 150.
[131]See Martin Thomson Buinicki, Jr., Negotiating Copyright : Authorship and the Discourse of Literary Property Rights in Nineteenth- Century America 97 (Ph. D, Diss., University of Iowa). 粗體為本文所強調。
[132]See SEVILLE, *supra* note 127 at165 (quoting Dickens).
[133]See *Id*. 30.
[134]See Carla Hesse, *The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance*, 131 DAEDALUS 26, 41 (2002).粗體為本文所加。

美國出版商此時成為了公共園地的捍衛者，他們同樣使用了 Lord Camden 空氣的隱喻，著作不再是受普通法保護的財產，而是對屬於「我們的」知識的「課稅」。在沒有「課稅」，出版商自由競爭之下，英國的圖書在十九世紀的美國相當便宜。Mark Twain 於 1880 年寫朋友的信中，表示：「...這個國家正被英國文學的上乘之作淹沒，而其價格使廁紙也成了『奢侈品』....我能以一美元二十五分買到平裝三冊由 Macaulay 撰寫的歷史；以七美元二十五分買到 Chambers 的百科全書十五冊精裝（一般要付六十美元）......這些東西所孕育的世代，必能使這裡成為世上最聰穎與閱讀最普及的國度」；Mark Twain 也告訴他的朋友，他不贊成和英國簽訂著作權互惠條約，因為盜印道德上固然值得非難，但是「自私與單純地為自己著想正是政府與家庭的責任」，而國際著作權的規範深深不利於美國兩千萬的子民。[135]

不過，Mark Twain 後來的立場和觀察的角度有了改變。 1886 年，在《世紀》雜誌的上的文章，他主張美國應該參加當時許多國家剛剛簽署的國際著作權條約《伯恩公約》。因為他認為低廉的價格並沒有讓大眾去閱讀上乘作品，所有的統計反而顯示美國民眾嗜讀外國羅曼小說，Mark Twain 認為：「...它們以一種病態的魅力滿足了對異國生活的想像.....而這種魅力或多或少引發了對我們的國家與政府形式明顯的不滿........」，而且這些便宜的外國小說也讓美國人不閱讀美國文學；但是，Mark Twain 指出，即使目睹這些現象，國會議員卻不願參加該條約讓外國人的著作也受到保護---「美國政治家讚誦美國國籍，以他們的口才講述、鼓吹、力促、發展它，卻暗地以他們的行動消磨、毀棄它」。[136]Mark Twain 與 Putnam 一樣，都認為簽訂國際著作權條約後，以價制量的結果，可以讓美國文學更有市場銷路，而有助於本土文學的建立。再者，對 Mark Twain 而言，與引發「對我們的國家與政府形式明顯的不滿」的外國羅曼小說相比，美國本土文學不僅不會毀棄美國國家認同，反而是認同建立的關鍵。

除了建立自己的國家文學外，美國作家的海外市場，也是鼓吹國際著作權保護的論者的論點。Putnam 他在 1845 年的《美國事實》一文，即指出英國期刊轉

[135]參 Siva Vaidhyanathan 著，陳宜君譯，《著作權保護了誰？》（台北：商周，2003），頁 86。
[136]參同前註，頁 87-88。

載美國雜誌、 移花接木變成自己的著作的現象常常發生，而這有損於美國作家和出版社的利益。 [137] Putnam 的說法在當時的美國沒有引起什麼迴響。不過當 Harriet Beecher Stowe 女士於 1852 年出版的《湯姆叔叔的小屋》，在英國第一年就賣出 20 萬本，數年內在英國的流通量達 150 萬本後，[138]如同學者 Buinicki 所言，Putnam 的講法一夕之間變得很容易為人接受。[139]1867 年，James Patron 於美國知名的《大西洋月刊》（Atlantic Monthly）也細述不參加國際著作權條約對美國作家作品海外市場的不利影響。[140]

第二款 「在文明國家之中」的海盜

1868 年「旨在確保作者與出版者**在**世上的**文明國家**的權利」（for the purpose of securing the right of authors and publishers among the civilised nations of the earth ）的「美國著作權協會」（American Copyright Association）正式成立，從 1870 年開始遊說一系列國際著作權立法。[141]這些嘗試並沒有成功，不過，「美國著作權協會」的成立以及其強調文明的論述，與當時歐陸的發展有相當關係，因此我們不妨暫時離開美國，先將目光轉向歐陸。

當時最大文化輸出國法國深受「外國海盜」之苦。 但是，法國自 1843 年和薩丁尼亞（Sardinia）簽訂雙邊的著作權協定後，與其他國家的談判即陷入膠著，僅在 1851 年和葡萄牙、漢諾威、大不列顛達成協議。[142] 1852 年，對談判進程不耐的法國，決定一律保護他國作者的著作權，無論該國是否同樣保護法國人的著作。這樣的作法，一方面是受到「作者權」（droit d'auteur）是普世價值的人權的理念的影響，一方面也是法國的策略：藉此對其他國家施予「道德壓力」，要求他們認知到此一普世真理，同樣也保護法國人的著作。 [143]不過，未簽訂著作權互惠條約的國家，法國並未讓其享有國民待遇，而僅是依照該國原本的法律

---

[137]See Buinicki, *supra* note 131 at 95
[138]Uncle Tom's Cabin, http://en.wikipedia.org/wiki/Uncle_Tom%27s_Cabin , Wikipedia (last visited 2010/07/27)
[139] Buinicki, *supra* note 131 at 98.
[140]See SEVILLE, *supra* note 127 at 32.
[141]*Id.* 32-33
[142]SAM RICKETSON & JANE C. GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS : THE BERNE CONVENTION AND BEYOND 29 (2006). 粗體為本文所強調。
[143]SEVILLE, *supra* note 127 at 57-58.

規定予以相同保護（換言之，美國的著作仍須在美國註冊才會在法國受到保護）。 更重要的是，撇開普世人權與價值的講法，是否保護外國人著作，對法國來講影響甚微。當時的巴黎不僅是法國的首都，也是文化的中心。法國人可以完全不讀其他國家的作品，反之則不然。 因此，如果其他國家由於法國此舉造成的道德壓力而保護其著作，這對法國而言反而是筆絕佳生意。 事實證明，1852 年後，此一策略為法國在談判上掃除了相當的障礙，到了 1865 年歐洲主要國家---包括法國海盜版作品的主要輸出國比利時---都已與法國簽訂著作權雙邊協定。[144]不過國與國的雙邊協定對實現「作者權」的普世性仍有所不足，多邊的國際協定反而是較好的選項，1858 年 Brussel 所舉行的文學與藝術財產的會議即是此種想法的先聲。 1878 年，法國文豪 Hugo 所領導的「國際文學藝術聯合會」（ALAI）在巴黎成立，通過決議認為：「作者對其作品的權利，不是出自於法律的認可，而係財產的一種，立法機關必須予以保障」。[145]ALAI 是後來在 1886 年生效的伯恩公約(Berne Convention)的主要推手。

雖然在伯恩公約討論的過程，美國始終有派人參加，但美國其實對簽署伯恩公約並沒有太大興趣，而該公約在當時的政治現實下，幾乎也不可能在美國國會通過。不過就在 1885 年底伯恩公約剛剛簽署完後，與一些美國出版界人士交好的美國總統 Cleveland 還是建議國會應審慎考慮國際著作權的議題，1886 年十二月，在對國會的演說中，表示：

> 在文明社群近來認知到人類智力創作的完整財產權利的趨勢下，許多重要國家都加入了在 1885 年 9 月 18 日於伯恩簽訂的國際著作權協定.......我相信這個主題會在各位議員的手中得到應有的注意，作者正當的權利的急迫訴求也會得到適當的關心。[146]

對 Cleverland 總統而言，作為文明社群一份子的美國，不能自外於此一趨勢。不過，直到會期結束，美國國會始終沒有討論這個主題。他們似乎並不焦慮不保護著作權的「海盜」行徑，會讓「已經是」文明社群一員的美國成為不文明的

[144]RICKETSON 及 GINSBURG, *supra* note 142 at 29.
[145]*Id.* at 49.
[146]See SEVILLE, *supra* note 127 at 225(quoting Cleveland).

國家。

1882 年紐約的「作者俱樂部」（Author's Club）召開第一次的會議，在成立一年後大約已有七百位作者加入，此亦為「美國著作權聯盟」（American Copyright League）的前身。1885 年「美國著作權聯盟」召開第一次會議，剛卸下英國大使一職的 Lowell 被選為主席。他們以任意翻印外國人著作是違反十誡的偷竊為口號，發起了一場以作者為主體的運動。[147]「美國著作權聯盟」也說服了參議員 Hawley 提出 Hawley Act，讓他國的作者在互惠的條件，享有美國公民所享有的權利。「美國著作權聯盟」頗為強調各國作者在權利上的平等。在其前身「作者俱樂部」時，小說家 Henry James 就對當時提案的決議太強調美國作家所受到的傷害不盡滿意，因為他認為英國作家同樣也需要受到補償。[148]1885 年，在多數的會員支持下，其章程宣示該聯盟的目的是盡力地消除所有在美國作者與其他國家作者之間差別待遇，並且改革美國的著作權法。[149] 不過，這次的決議也引起了不少人的出走，包括聯盟祕書長也辭去其職務。當時 Hawley Act 即因缺乏類似「製造條款」（manufacturing clause）的規定，而為出版社和印刷商所反對。因此，「美國著作權聯盟」的務實派認為，如果沒有類似製造條款的差別待遇規定，讓外國人著作必須在美國印刷和製作才能取得著作權，類似的國際著作權法案根本不可能在國會通過。

值得注意的是，原本過去在 Clay Act 對國際著作權保護持多數持反對立場的出版商和印刷商，此時的態度反而是有條件的支持。主要的原因在於，美國南北戰爭之後，新興的出版商，不再遵守過去東岸如波士頓、紐約等地的出版商彼此僅由特定出版商出版特定書籍的「紳士原則」（courtesy principle），於是既有的出版商也被迫削價競爭，大量廉價翻印書籍又壓縮了印刷商的利潤。[150] 因此，東岸的出版商也轉而支持國際著作權保護，他們了解到與外國作者簽訂在美國可以執行的授權契約，反而能讓他們取得利基；於是，在四零年代以翻

[147]Lowell 寫了一首詩作為「美國著作權聯盟」的口號： In vain we call old notion fudge / And bend our conscience to our dealing / The Ten Commandments will not budge, / And stealing *will* continue stealing. See *Id.* at 221.斜體為原文強調。
[148]*Id.* at 218.
[149]See *Id.* at 222.
[150]參 Siva Vaidhyanathan 著，陳宜君譯，《著作權保護了誰？》，頁 74-79。

印英國人 Ernst Renan 的著作《耶穌的一生》（Life of Jesus）致富的神學家暨出版商 Issac Funk，也開始指責「文學盜印的國家罪行」（national sin of literary piracy）違反了十誡中汝不可偷盜的律令。[151]

1885 年可能是由費城製版聯盟草擬的 Chace Bill，除了互惠的要求之外，外國作品若要受美國著作權法保護，必須在出版後十五日內在美國註冊，且在美國印刷和製作才能取得著作權（即製造條款, manufacturing clause），而且禁止任何該著作的其他版本的輸入。[152]「美國著作權聯盟」此時仍然反對 Chace Bill，認為差別待遇的製造條款，與作者的普世著作權的理念並不相符。不過，在審議的過程，專利委員會的報告雖然指出**「在所有**對文學有貢獻的**偉大文明國家，只有**美國還拒絕承認法律互惠原則在文學財產的運用**」**，但其反而捍衛 Chace Bill「製造條款」的必要性，[153]似乎不覺得製造條款，與作為「普世人權」的著作權在美國竟然可以因為不是在當地印刷製作，就任由出版商「海盜」的「野蠻」行為，有損其文明國家的身份。

1887 年，在 Chace Bill 再次進入國會審議時，「美國出版者著作權聯盟」（American Publishers Copyright League）也成立了。屆時，因為知道類似 Hawley Act 精神的法案，不可能在國會通過，「美國著作權聯盟」已轉為由務實派所主導，願意妥協支持 Chace Bill。印刷商也相當支持有製造條款規定的 Chace Act。英國方面，雖然對 Chace Bill 的「製造條款」有所不滿，認為可能讓英國製造書籍的產業外移到美國，但是，因為鑑於美國不可能通過沒有「製造條款」法案，而與英國人著作完全無法在美國取得著作權的情況相較，英國外交部也能接受這樣的方案。[154]於是，在各方力量的彙集下，Chace Bill 於 1891 年通過

不過，製造條款也成為了美國加入伯恩公約的阻礙之一，因為伯恩公約要求著作權的保護不能繫之於形式要求的履行。一直到美國成為最大的文化輸出國，對外國的「海盜」越來越不能容忍，製造條款才在 1986 年才終止，並 1989 年加入伯恩公約，而此時去伯恩公約簽訂已經超過百年。

---

[151]See Hesse, *supra* note 127 at 41-42.
[152]SEVILLE, *supra* note 134 at 222.
[153]*Id.* at 223. 粗體為本文所加。
[154]See *Id.* at 236.

第二項　作者、交換價值與思想/表達的重劃

第一款 原創天才的權利與工具主義的公共利益

美國聯邦著作權法於 1790 年通過前，各州即有自己的著作權立法。最早立法的是康乃狄克州，其前言指出：「完全符合正義與衡平的原則的是，每位作者對其銷售其著作所獲得的利益應該受到保障，這樣的安全保障也有助於學習以及讓**天才**出版他的著作...」。[155]麻薩諸塞州的著作權前言則謂：「知識、文明進步、社群的財富、以及人類的幸福的增進繫於在藝術與科學中有學問與**獨創**的人。為了要鼓勵這些人運用其他們有益的天賦，必須有法律保障他們辛苦勞動的成果；作為；在對人類所有的自然權利的保障中，沒有任何財產比起他心智勞力生產的成果**更屬於他自己所有**」。[156]

喬治亞州的著作權法的前言，與康乃狄克州實質上是一樣的；新罕布夏州與羅德島的前言則複製自麻薩諸塞州。其他如紐澤西州、北卡羅來納州的結構也大致如此。如同 Patterson 所言，這些法規背後的精神是認為「著作權是作者的權利」。[157] 不過，更值得注意的有三。 首先，著作權不只是作者的權利，它更是「原創天才」的權利，這使得其所獨創的心智成果，比起其他任何自然權利的財產，都更屬於他自己所有，因此，讓他享有銷售著作所有的利益符合正義。 這些論述的文字與大西洋對岸 Lord Mansfield 的「這是正義的，讓作者對其**原創與勞力**的成果享有金錢上的報酬」，以及 Blackstone 和 Richardson 認為沒有任何客體比作者心智勞力「原創」的成果，更屬於他自己所有的財產的講法，非常一致。其次，與 Blackstone 強調不保障此普通法財產，沒有人將辛勤的學習與創作，知識土地將是一片荒原的工具主義思維相同，這些立法也都使用了工具主義的論述。最後，兩者不僅完全不衝突，其目的更是相合的。此處，工具主義與原創天才的自然權利論述相互交纏、共同支撐智慧財產權人的正當性。

[155]*Connecticut Copyright Statute (1783)*, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org 粗體為本文所加。
[156]*Massachusetts Copyright Statute (1783)*, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org 粗體為本文所加。
[157]PATTERSON, *supra* note 9 at 188.

類似的思維，我們在 Joe Barlow 這位美國詩人、外交官，以及最早因為美國著作權法得益的權利人的說法中也可窺見。 他為了說服國會制定聯邦著作權法，在 1783 年寫道：「確然的是，沒有任何一種財產依其性質」，「如此屬於其所有，因為這些著作是發源（originates）於個人的創意想像」，另一方面，他也訴諸於工具主義認為如果缺乏這樣的保障，我們無法期待公眾還會有偉大的作品可讀。[158]

1787 年美國召開制憲會議，8 月 18 日 James Madison 與 Charles Pinckney 各自提出了有關著作權憲法條款的草案，9 月 5 日在在經過委員會的討論後：正式擬定了下列文字：「為了促進知識與實用工藝的進步，國會有權保障（securing）作者與發明人對其作品與發明一定期間的專有權利」。 這段文字最後也成為美國憲法第一條第八款的「智慧財產權條款」。

在制憲期間，《聯邦黨文集》是由 James Madison、Alexander Hamilton、John Lay 共同撰寫，目的在促成當時憲法草案通過的文件，其中，James Madison 所撰的第 43 號文件中，在引述了前述後來成為美國憲法第一條第八款的內容後，他寫道：

> [國會制定此一條款]的權力的**功用**（Utility）毋庸置疑。在大不列顛作者的著作權已經被確認為**普通法上的權利**。對於有用發明的權利，似乎有同樣的理由應歸屬於發明人。在這兩個例子，**公共利益與個人權利完全是相契的**。[159]

Madison 認為作者的著作權已經被確認為普通法上的權利的看法，有可能是受到 Blackstone 第一版美國版《英國法評論》的影響，該版本中並未述及 *Donaldson* 案，或者 Madison 認為著作權是作者的自然權利，因此並不認同 *Donaldson* 案。[160] 其實，類似的態度在 *Donaldson* 案後的英國也相當常見，許多

[158]See Oren Bracha, *The Ideology of Authorship Revisited : Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright*, 118 YALE L. J. 186, 198 (2008)(quoting Barlow).
[159]*The Federalist No. 43 (1788)*, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org 粗體為本文所加。
[160]See Tyler T. Ochoa & Mark Rose, *The Anti-Monopoly Origins of the Patent and Copyright Clause*, 84 J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC'Y 675, 692 (2002).

評論者都認為與 Lord Mansfield 以及 William Blackstone 意見相左的 *Donaldson* 案是個錯誤的決定。[161]

不過，更值得注意的是，在這份文件中，對 Madison 而言，著作權不僅是作者普通法財產的個人權利，該權利也與公共利益相符，其既是目的，也是手段，兩者並不衝突。 與前述 Barlow 的說法一樣，這都反應了智慧財產論述同時將自然權利與功利主義的說法納為己用，以加強智慧財產權人的正當性的作法。

第二款 從印刷權利到私有財產 ：著作的交換價值

不過，儘管不乏自然權利的論述，1790 年制定的聯邦著作權法，有相當的反獨占色彩；後來 Madison 與 Jefferson 的通信，也顯示他們不希望英國倫敦書商的獨占在美國重演。[162]職是之故，著作在美國的專有印刷權利只有 14 年，最長僅可延長到 28 年，且要遵守嚴格的註冊條件才能享有該權利：除了報紙可以在出版後兩個月內註冊外，著作必須是在「出版前」註冊才可以取得，另外，在出版後的六個月內還必須寄存到國務院。

美國最高法院第一個有關著作權的案件，1834 年的 *Wheaton v. Peters* 便是起因於嚴格的形式條件造成的爭議。報導最高法院判決的 Henry Wheaton，他所編纂的最高法院報導雖然完整，但因為冊數太多一般律師反而負擔不起。 他的後繼者 Richard Peters 將二十四冊的報導濃縮成六冊，大受歡迎，Wheaton 的著作反而乏人問津。Wheaton 憤而提告，但是當時聯邦法院的法官 Joseph Hopkinson，認為 Weaton 沒有遵守形式條件，因此不能享有聯邦著作權法的專有印刷權利。Wheaton 上訴到最高法院，其辯護律師 Paine 在法庭上強調，著作權是作者「既有的權利」，憲法第一條第八款的用語是「保障」（securing），而非「授予」（grant）與「建立」（establish），因此，1790 年所制定的聯邦著作權法是就既有的權利提供額外的保障，換言之，即使未取得聯邦著作權法下的特別

[161]See Jane C. Ginsburg, *'Une Chose publique' ? The Author's domain and the Public Domain in Early Copyright Law*, *in* COPYRIGHT LAW : A HANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH , 144 (Paul Torrenmas ed., 2007).
[162]See Ochoa & Rose, *supra* note 160 at 691-695.

保障，作者仍可藉由普通法對於財產的永久保護，排除他人的翻印 。[163]Paine 的說法與快一世紀前的 Lord Mansfield 幾乎如一轍，事實上，他在訴狀中不只一次提到了 Lord Mansfield 和 William Blackstone。

不過，主筆多數意見的 McLean 大法官並未接受這樣的說法。 他首先指出，因為憲法的「保障」同時指涉作者與發明人對其作品的專有排他權利，而無論在英國或美國，從來沒有人認為發明人對發明享有普通法財產權利的永久保障，因此，「保障」不可能是指既有的權利而言。[164]接著，McLean 大法官更進一步指出：

> 作者在普通法上對其手稿享有財產權，可以對任何剝奪該財產之人，或者透過不正當手段取得手稿（copy）出版獲利者，請求損害賠償，此權利無可置疑；但是這種權利，與宣稱作者在已經出版後，對未來著作的出版仍享有永久與專有排他的權利迥然不同。[165]

許多後來的論者對本案與 Donaldson 案的詮釋，都是認為美國最高法院肯認了「普通法的著作權」，但是出版後作者僅能透過制定法主張專有排他的權利。不過，該權利的客體，就本案 McLean 大法官的文字來看，與其說是無體的著作，還更近於實體的手稿。我們甚至可以說 McLean 刻意迴避了著作是不是財產客體的問題，而僅將其定位在國家因公共政策所授予個人的權利。

除了財產客體的問題之外，Wheaton 案還有一個值得注意，但常被忽略的重點。Wheaton 的著作，大部份都是最高法院的判決，這些具有「公共性」的判決本身是否可以作為著作權的客體，而為法官或其受讓人所有呢？ 就此問題，在多數意見書的最後一段，McLean 大法官筆鋒一轉，表示「沒有任何報導者可以就本院所撰寫的意見享有任何著作權，法官也不能轉讓任何報導者該權利」。[166]

---

[163] *Wheaton v. Peters,* 33 U.S. 591, 597-610 (1834).
[164] *Id.* 661
[165] *Id.* 657.
[166] *Id.* 668.

但是，數年之後，同樣也是 *Wheaton* 案的大法官之一的 Joseph Story，他在 *Folsom v. Marsh* 一案，不僅在公共與私有財產的劃分上採取了「交換價值」的角度，而把與法院判決的公共性不遑多讓的華盛頓總統的公職文件與私人通信認為是其受讓人的私有財產，他也將著作權人的專有權利擴張到「一字不差的重製」（verbatim reproduction ）)印刷行為之外，開啟了著作權在美國擴張的歷史。

Folsom 案的事實是 Spark 編著了十二冊美國總統華盛頓的傳記，總共 6763 頁，除了第一冊是 Spark 所撰的傳記外，其餘十一冊的內容都是華盛頓的演講、通信等相關公職與私人的相關文件。 Upham 也寫了一本 866 頁的華盛頓傳記，他並沒有引用 Spark 所撰的傳記，而是在其自己撰寫的傳記中，穿插華盛頓的通訊、演講來敘事，這些內容有 354 頁與 Sparks 著作收錄的文件相同；其中有 319 頁在 Spark 出版的著作問世前，從未公開出版；這 319 頁，有 64 頁是官方的文件，255 頁則是華盛頓的私人信件。[167]被告認為華盛頓總統的這些文件，並非著作權的適當客體，因為作者本人無意將其作為私人財產，而是為公眾所使用，而且在性質上若非係公職的文件，就是私人的信件，並非「文學創作」。但是，Story 法官，認為這樣的說法完全不符合事實，因為華盛頓將這些文件贈予給他的姪兒華盛頓大法官的事實顯示，他是將這些著作看作**「私人財產」**（private property），而取得其姪兒授權的 Sparks 也有其應受保障的利益。因此，「被告出版這些著作的行為，在一定程度，必然對**華盛頓總統的財產的代表人與受讓人**造成損害。」[168]Story 法官更指出，近來國會**「高價」**（at a great price）向文件的所有人與占有人華盛頓大法官購買的行為，也在在顯示這些著作「**私有**而且最具**價值**的財產」（as private and most valuable property ）。[169]

對於 Story 法官而言，「價值」指得是市場上的「交換價值」，而凡是有交換價值者，正是其作為私人財產的證據。這其實正是 Blackstone「任何有價值之物必然是財產的客體，它的價值蘊含在其得以**交換**另一有價值之物」的思維。基於同樣的邏輯，Story 大法官提出了判斷利用行為是否構成著作權侵害的幾個考量

[167]*Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 345 (1841).
[168]*Id.* 345-346.粗體為本文所加。
[169]*Id.* 345 粗體為本文所加。

因素，包括利用行為對著作市場的影響。諷刺的是， *Folsom v. Marsh* 在二十世紀中葉後的美國法院，被看作是「限制」著作權的「合理使用」的源頭，它的幾個考量因素也一再地被援用，[170]但是，如同 Patternson 所言，透過重新界定侵權行為的考量因素，Story 在當時是**擴張**了著作權的權利範圍，而非限制之。[171]

當時無論是英國或美國的著作權其實就是「專有印刷權利」，而英美法的先例的原則是，除了「一字不差的重製」（verbatim reproduction）行為之外，利用人只有在下列非常狹隘的情況，才會侵害權利人的專有印刷書籍的權利：（1）被告是否僅是稍作更動，其目的僅在規避對於「一字不差的重製」的禁止 （2）被告的利用行為沒有自己的智力貢獻，僅是原著作的完全替代品。[172]在 *Folsom* 案，依照這些原則，Upham 的行為顯然不在著作權人專有印刷的權利範圍之內。但是，Story 法官認為：

> 確然的是，不是只有整份著作甚至是大部份內容的形式或實質上的拷貝，才能構成著作權侵害的行為。如果奪取的部份已經讓原著作的**價值**有所減損，或者是原作者的**勞力**因為他人的竊用而受到相當傷害，從法律的觀點來看，即構成**海盜**（piracy）。為著作權所及的全部內容（entirety）都是作者的財產，謂另一人僅竊用部份而非全部，不構成抗辯的理由。 侵權與否，也不必然繫於有多少的內容被取走。影響判斷的通常要考量的是，被取走材料的**價值**對原著作在**銷售**上的重要性。 ....除了量之外，**價值也是我們永遠需要關注的因素**。簡言之，在決定這類問題時，我們必須考量被利用的性質與目的、被利用素材的數量與價值、以及該**使用**在何種程度下會對妨礙銷售、減損利潤或者替代了原著作。[173]

[170]See R. Anthony Reese, *The Story of Folsom v. Marsh : Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY STORIES , 290-293 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss ed., 2006).

[171]L. Ray Patterson, *Folsom v. Marsh and Its Legacy*, 5 J. INTELL. PROP. L. 431 (1997).

[172]See Oren Bracha, Commentary on *Folsom v. Marsh* (1841), *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[173]*Folsom,* 9 F. Cas. 342, 348. 粗體為本文所加。

雖然，Story 法官列出了許多考量侵權與否的判斷因素，而且這些因素也成為未來美國「合理使用」的「平衡」的考量因素，但在本案真正具決定性，Story 法官認為我們「永遠需要關注」的，其實是著作的（交換）價值因為利用人未獲授權的使用，所喪失的銷售與利潤。對 Story 大法官而言，「一字不差的重製」固然因為是原著作人的「同一著作」，而侵害其專有印刷權利：

> [即使]在其他情況，兩份著作在實質上是否**同一**（identity），以及是否屬於**海盜**的問題，常常都取決於適當的**平衡**。[174]

Folsom 案，除了前述的考量因素外，Story 法官「[是否侵害]專利與著作權的判斷，需要非常細微、 精緻，有時候甚至是不可見的區別，就此而言，專利與著作權，比起法律上任何令人陌生的案例，都還接近形而上學（metaphysics）」[175]的這段文字，也時常為後世美國法院所援引。 不過，判斷著作是否是「一字不差的重製」而屬同一著作， 即使對不認識書籍的語言，因此完全讀不懂內容的人而言，亦無困難。 這一點都不「形而上」。讓著作權的同一著作的判斷變得「非常細微、精緻，有時候甚至是不可見的區別」的人，其實是 Story 法官的「平衡」，而他的平衡，考量的也不是「形而上」的「價值」，而是利潤與銷售額的世俗的交換「價值」。

不過，交換價值的強調，以及「任何有價值之物必然是財產的客體」，其實是資本主義要將文化商品化，必然所需的制度配合，而自 Blackstone 以來智慧財產論述對財產的定義，儘管強調「原創性」，甚至以著作作為個人的精神臉龐，來證明其著作有同一性，而可與其他客體相區別。 但是從 *Folsom* 案來看，「實質上是否同一」的判斷，其實繫於對原財產權人的交換價值的影響。而這種類似 Blackstone 以交換價值作為「私有財產」的充份條件的思維，同時也與私有與公

---

[174] *Id.* 344.粗體為本文所加。
[175] *Id.*

共的領域的劃界有所關聯。 華盛頓總統的任職文件與私人通信，既然是受讓人可以賣得「高價」的「私有而且最有價值的財產」，它就不再是「公共」，而可以為任何人所使用的。

第三款　思想/表達的重劃

與前述 *Folsom* 案透過「使用」對市場的影響，來重新界定專有排他權利範圍可資對照的發展是，思想/表達的財產客體的重新劃定--「翻譯」到底是不是專有印刷「同一著作」的行為？ 如前所述，在認定著作是普通法財產客體的 *Millar* 案中，Lord Masfield 即指出「一組的文字、句子與不同形式的表達」，而非其傳達的「一套智慧思想或思考模式」，才是財產的客體，此一思想/表達的區分，也是十八世紀的英國，無體智慧得以成為財產客體的重要發明。不過，當時的「表達」的界定範圍僅限於一字不差的重製的專有印刷。事實上，*Millar* 案中另外一位贊成著作是普通法財產的 Wille 法官，還曾謂：「確然的是，善意的模仿、 翻譯與節錄是不一樣的，就財產的層面而言它們應可看作新的著作；但是那些取巧、作無足輕重的修改的行為不屬之」，[176]並不認為翻譯是「同一著作」。

不過，由 George Ticknor Curtis 所撰，於 1847 年出版，美國第一本且有相當影響的著作權法論著，Cutis 對翻譯是否會侵害原著作的專有印刷權利，已經有了不同的想法。在檢討了相關意見後，他認為作者的權利「及於對該文學創作所有形式（forms）的重製」，而翻譯也不過是另一種不同媒介的「重製」，其指出：

> 原作者的財產不僅限於其傳達其意義的文字，尚包括思想、意義、著作的規劃、處理與展示特定主題的模式。在這些例子，無論是以任何形式重製他的財產，[原作者的]權利都可能被侵犯。新語言所翻譯的創作，僅係對其享有專有之

[176]*Millar v. Taylor (1769)*, at 2310, *in* Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org .

財產，以另外一種**不同的媒介**來傳達(only a different medium of communicating)。[177]

5 年後，Stowe 女士的《湯姆叔叔的小屋》的出版成了第一個測試「思想」和「表達」如何界定的案例。該書在美國的非常暢銷，第一年就賣出了三十萬本，銷售量甚至僅次於聖經。[178]Stowe 除了授權威爾斯語的版本外，因為賓州有不少德語人口，是個利潤可觀的市場，其丈夫 Calvin Ellis Stowe 與德語學術社群又有連繫，他們很自然找了學者 Mayor Rudolph Hutton 將該書翻譯為德文版。同一時間，費城的出版商 F.W. Thomas 也另外請人翻譯該書。在 1853 年 Stowe 授權版本要付梓之際，Thomas 的版本也將出版。[179]於是 Stowe 和他的丈夫向法院提告，認為 Thomas 侵害了其業已註冊的著作權。Stowe 的律師 Perkins 主張翻譯侵害了作者的財產，因為：

> **翻譯者**（translator）的目的是在向讀者傳達**作者**的思想和想法；不，只是他的思想和想法的影子；新的語言所建構出來的表達，象徵的是與他（作者）的表達完全一樣的方式和形式.....完美的翻譯將會呈現**相同**（identical）的創作與心智生產，而且**完全感覺不到其符號的存在**(in a way that the sign is never thought of)。[180]

值得注意的是，Perkins 特別區分了作者和翻譯者，後者的地位類似於作者和讀者間溝通的**管道**。其作用似於機器的複製而非創作，而完美的翻譯（複製），將會呈現**相同**的創作。 不過，有趣的是，如果一個完美翻譯的相同創作時，如 Perkins 所言，我們可以完全感覺不到其「符號」的存在，著作權的保護客體究竟是「表達」，還是「作者」的思想和想法呢？

---

[177]GEORGE TICKNOR CURTIS, A TREATISE ON THE LAW OF COPYRIGHT IN BOOKS, DRAMATIC AND MUSICAL COMPOSITIONS, LETTERS AND OTHER MANUSCRIPTS 292-293 (1847).粗體為本文所加。

[178]Uncle Tom's Cabin, http://en.wikipedia.org/wiki/Uncle_Tom%27s_Cabin#Dramatic_adaptations, Wikipedia (last visited 2010/08/11).

[179]See Oren Bracha, Commentary on *Stowe v. Thomas* (1853), *in Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org

[180]*Stowe v. Thomas*, 23 F. Cas. 201, 203 (1853). 粗體為本文所加。

承審的 Grier 法官沒有接受 Perkins 的論證，他認為：作者在出版前他所占有的領域是絕對的，但是一旦出版，他就將他的想法、意旨、發現贈送給了世界，他再也不能對獨自占有它們，因此，文學財產在出版後的權利範圍，不可能是思想、意旨、或者是詩人和小說家想像的創造物；他的的專有財產僅限於傳達這些思想的具體形式以及其傳達的語言。[181]

不過，Grier 法官的看法後來受到許多法學者的批評。1870 年國會在翻修著作權法時，也增訂了「作者享有對其著作戲劇化與翻譯的權利」，[182]等於透過立法否認 Grier 法官的看法。於 1879 年出版由 Easton Drone 所撰，在幾十年間都是美國關於著作權法最權威的教科書論著，Drone 也特闢一章批評 *Stowe* 案。 而與 Perkins 一樣，他也認為「翻譯在實質上不是新的著作。它是對既有著作另一種新形式的**複製**（reproduction）」。[183]此外，Drone 對作為財產客體的「著作」，與 Grier 法官也有截然不同的想法：

> 智慧的產物可以透過許多不同的語言來表達。**那個事物**本身永遠是相同的(The thing itself is always the same)，僅係傳達的方式不同.....傳達的方式有很多種，但是作者心智看不見、摸不著、非實體創作從未失去其**同一性**。[184]

抽象存在、無論語言或具體表達形式為何，但始終保持同一性的「那個事物」，其實已經打破了原先所劃定的思想與表達的疆界。「那個事物」(The thing) 對 Wille 法官而言是公共的「思想」，但是在一世紀後的美國，已經是「表達」了。其實，此種思想/表達的劃定，以及前一款 Story 法官判斷侵權，後世引為「合理使用」的起源的「平衡」，它們所著眼的都是將著作的增補、節錄、引用、翻譯、戲劇化等各種在市場上有交換價值的使用，劃歸在著作權人的專有排他權利之下，讓著作權人掌控這些利潤，而這與當時印刷資本主義在美國的發展有對應關係。

---

[181] *Id.* 206

[182] 1870 Copyright Act, 16 Stat. 198, §86.

[183] EATON S. DRONE, A TREATISE ON THE LAW OF PROPERTY IN INTELLECTUAL PRODUCTIONS IN GREAT BRITAIN AND THE UNITED STATES. EMBRACING COPYRIGHT IN WORKS OF LITERATURE AND ART, AND PLAYRIGHT IN DRAMATIC AND MUSICAL COMPOSITIONS 452 (1879).粗體為本文所加。

[184] *Id.* at 97-98,384-385.粗體為本文所加。

在十八世紀的英國，書商的利潤來源主要是印刷書籍。但是資本主義發展到 19 世紀中葉的美國，美國的出版工業已經慢慢地在以各種方式在運用這些著作，擴展其市場、求取最大的利潤。[185]新的商業模式在於透過廣告、行銷和散佈創造產品，並且將「相同產品予以差異化」（differentiation of similar products），對出版商而言，他們對市場的認知，不在僅限於出版與印刷書籍，也在於著作的「衍生」市場，包括書籍的縮編、翻譯、戲劇化等；再者，對一些在具市場居主導地位的出版商而言，因為市場上往往只有少數著作可以大賣，這些珍貴資產的衍生商品若無法透過著作權予以控制，對其資本的累積將會增加不少風險與不確定性。[186]事實上，戲劇演出是當時美國人民在中葉以後相當重要的「娛樂」之一，它們可以說是今日資本主義將文化商品化的娛樂產業的先聲。 而這些衍生產品的市場價值，可能還遠超過原著作。因此，依照 Blackstone 凡是具有交換價值者，皆係財產客體的推斷，這些原有著作中的「思想」會成為財產的客體—表達，似乎也不值得訝異。 前述法律規定與學說的變化對著作權客體與範圍的重新界定，其實與此發展有相當對應關係。 事實上，到了二十世紀初國會於 1909 年通過的著作權法法案，除了指出將文學著作翻譯、以及將非戲劇作品戲劇化屬於著作權人的專有排他權利外，也增加了將戲劇作品轉化成小說、將音樂作品重新編排、改作，以及執行、 完成、藝術作品的設計或模型的專有排他權利。[187]

第四款　原創作者的諸面貌：複製者、勞工與企業家

另一個值得注意的現象是，前述為 Stowe 辯護的律師 Perkins 特別將「作者」與「翻譯者」區隔開來，使得後者的地位類似傳達的媒介與管道。在美國著作權法於 1870 年讓作者享有其著作戲劇化的權利後，Drone 在他 1878 年出版的著作，也有類似 Perkins 的想法：

> **編劇家**（dramatist）沒有發明、創造任何東西，他們只是就既有的東西安排段落、改變形式......**他不是作者**（he is not the author），卻坐享天才與辛勞的他人的果實，獲取

[185]See John Tebbel, *A History of Book Publishing in the United States*, vol. 1, 206-207 (1972).
[186]See Bracha, *supra* note 158 at 239-240.
[187]1909 Copyright Act, 35 Stat. 1075, §1(b).

不屬於他的利潤 [188]

我們可以看到，決定誰是以辛勞和天賦創造的「作者」，而誰只是作為受著作權保護「那個事物」的傳聲筒媒介---翻譯者或編劇家時，也決定了誰對著作的利潤享有正當性資格。 翻譯者與劇作家都不是「作者」，他們沒有「原創」任何東西，而只是坐享「作者」的天才與辛勞的果實的複製者，所以他們對「那個事物」的利用而來的利潤沒有正當性。值得注意的是 ，雖然，這些作者的財產往往最後由出版商擁有，而著作的翻譯與戲劇化，所以會被劃歸在原著作的財產權範圍，也與當時出版商開始重視衍生市場的態度有關，但在決定誰享有這些利潤時，我們看不到出版商的身影，問題仍只在財產權人是不是「作者」。相當諷刺的是，依照前述 Drone 的標準，作為原創天才的代表 Shakespeare，也不是「作者」而是「編劇家」---他的哈姆雷特就是「複製」既有的故事而來的。

過去中古世紀以迄西方近代早期，作家常常被視為或自擬為上帝的聲音的傳聲筒。如今，「作者」卻成了造物者似角色，而翻譯者與編劇家則是傳達「那個事物」的管道 。 就此而言，似乎浪漫主義天才的「原創」的觀念，已經得到了勝利。 但是，就著作權取得要件而言，十九世紀的美國法院對「原創性」的認定的趨勢，不僅沒有堅守「原創」，反而是逐步的降低。在 *Emerson v. Davies* 一案，原告 Emerson 指控被告 Davies 出版的書籍—內容是教小朋友數學---係抄襲自其著作、包括表格、安排與標記都有雷同之處；Davies 則抗辯 Emerson 的著作並非「原創」，這些內容早已行之有年，沒有新的東西，所以不受著作權保護。Story 法官在本案，對這樣的說法，採取了一個非常「後現代」的態度，來認定著作權取得的要件「原創性」：

> 究其實際，文學、科學、藝術不可能有任何東西是嚴格意義下的新與原創。任何文學、科學、藝術的書籍都會借用與使用過去已知而且被使用過的素材，**而且必須如此**。......如果書籍的創作因為不是新而且原創的，就不是著作權的客體，當代[的著作]恐怕沒有任何基礎可以享有著作權，我

[188]DRONE, *supra* note 183 at 464. 粗體為本文所加。

們將會被迫攀升到高處---即使是在古典作品---才能找到一份如此偉大的著作.....Virgil 借用 Homer、 Bacon 倚賴過去與同時代的心靈.....即使是 Shakespeare 和 Milton，此等可以驕傲而且當之無愧被稱之原創天才[的人物]，我們也可以發現他們仰賴於當時的古典研究與知識的豐富庫藏......所有當代的法律書籍，不過就是舊材料的組合和安排，**作者**透過他的技巧與判斷，去選輯與闡述與正確使用這些材料，難道這不是他聲譽的基礎，同時也是其享有著作權的理由？Blackstone 的評論....正是這種成就的價值的最好例子。[189]

對於 Story 法官而言，Emerson 的著作當然是具有「原創性」，他不需要發人所未發，或者擴大知識的領域，才可以而受著作權的保護，因此 Davies 的抗辯是不足採的。 其實，不只是本案教小孩數學的書籍內容大同小異，而與浪漫天才的「原創」格格不入，當時許多市場銷量甚佳的辭典、教科書、雜誌與插畫，以及諸多的「衍生商品」，例如原有著作的續集、合集、改編，亦復如此。作為利潤可觀的商品，既然具有交換價值，在資本主義文化商品化的邏輯下，它們也需要成為財產權的客體。浪漫天才的「原創性」於此，反而成了絆腳石。因此，儘管 Drone 不把沒有發明、創造任何東西，而只是使用他人受著作權保護的材料的「編劇家」稱為「作者」，但是，他又認為著作權的保護要件「原創性」不必是全新的，因為創作往往需要援引前人的著作。[190] 對他而言，只要比「完全無意義和毫無價值的」（utterly insignificance and worthlessness）的事物多了一點價值，創作就是原創的，並且「值得以著作權保護」。[191] 那麼，那些創作是「完全無意義和毫無價值」呢？Drone 是以「廣告」（advertisement）作為例子，認為這些創作的意義只在於銷售商品。[192]

有趣的是，，對美國法院「原創性」的認定影響深遠的 *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*，正是在決定馬戲團的廣告是否得受著作權保護，這個 Drone 在四分之一個世紀以前認為「完全無意義和毫無價值」，不值得

---

[189] *Emerson v. Davies*, 8 F. Cas. 615, 619 (1845). 粗體為本文所加。
[190] DRONE, *supra* 183 at 198-200.
[191] *Id.* at 211.
[192] *Id.* at 211.

以著作權保護的例子。 從十八世紀到二十世紀在各小鎮巡迴演出的馬戲團（traveling circus），一直是美國鄉間的重要娛樂；「廣告海報」（當時稱為"paper"）是馬戲團每到一個小鎮的演出是否能成功的關鍵；有專業人員可以在一天之內就把小鎮的大街小巷貼滿這些廣告海報；事實上，經營馬戲團最花錢的部份就是廣告； 早期的廣告的歷史，有很大一部份即是馬戲團廣告的歷史，因此對於當時以設計與印刷這些廣告海報的公司而言，馬戲團廣告的訂單是經濟上很重要的來源。[193] *Blesitein* 案正是起源於兩家印刷廣告海報公司的爭議。The Courier Company 為當時七大馬戲團之一的「華勒斯秀」（The Great Wallace Show）印刷了專為其設計的一批廣告海報，他的競爭對手 Donaldson Lithographing Company 複印了一批縮小的黑白版本賣給「華勒斯秀」。 The Courier Company 因而提告。

主筆多數意見的 Holmes 認為，廣告海報雖然是描繪真實的人物與動作，但是這並不妨礙其作為「原創」的著作：

> 此**複製**（copy）為個人對自然的個性反應。**個性**永遠有一些獨特之處。即使是筆跡也能表達[他]的獨一無二，而相當**平庸**的藝術，也有不能縮減而**只屬於他自己**(one man's alone)的部份。[194]

換言之，每個人作為複製者，因為其個性的獨一無二，他必然仍有一些「只屬於他自己的」原創內容---- 人人都可以是「作者」。此種對「原創性」的重新詮釋，為許多可能無法滿足嚴格的浪漫天才，但卻饒富經濟價值的的文化商品，排除了取得著作權的可能障礙。

不過「人人都是作者」的變化還不止與此。另一個美國十九世紀到二十世紀初的「作者」面貌的重要轉變，是出資的僱主，而非實際創作的受雇者，變成是

[193]See Diane Leenheer Zimmerman, *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Company : Originality as a Vehicle for Copyright Inclusivity*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY STORIES , 79-80 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss ed., 2006)(citation omitted).
[194]*Bleistein v. Donaldson Lithographing Company,* 188 U.S. 239, 250 (1903).粗體為本文所加。

法律上的「作者」。出版商於此已經不需要紆迴的以受讓來取得財產權，而係直接地在法律上被擬制為作者，而享有一切以作者之名所取得的正當性。

在南北戰爭以前，如同學者 Fisk 所觀察，美國法院並不認為僱用人可以因為與受僱人的僱用契約，而取得「作者」的地位。[195]儘管如此，Fisk 也提醒我們書中的法律與行動中的法律有相當的落差，當時美國的著作權法必須註冊才能取得著作權，但是許多註冊在案的「作者」並非真正的創作人。她指出根據 Zorina Korand 的研究，在 1790 到 1800 十年間註冊取得著作權的「作者」，有百分之四十四到四十九的比例都不是實際的作者，雖然我們今日很難去瞭解這些「作者」與實際創作人的關係，但她認為如果說其中有相當比例的「作者」都是僱用人，應該是相當合理的推論。[196]另外，Fisk 也指出在這段期間，很少有關於地圖著作權爭議的案件，但是，在美國向西部拓殖的這段期間，地圖其實是市場需求很大的著作。地圖的繪製，在當時是由單一的公司或經營者召集一批測量人員、繪圖者與印刷人員來共同進行，雖然由公司或經營者來註冊成為「作者」，似乎是非常合理的推斷，不過 Fisk 也承認從目前既有的文獻研究還沒有辦法證明此一現象。[197]即便如此，Fisk 以 Rand McNally 這家地圖的出版商為例，指出其出版的地圖很少標示這些地圖繪製過程的貢獻者，而在它 1876 年出版的一份地圖，的著作權聲明也是以出版公司 Rand McNally 為「作者」，其原文為：“**Drawn**, Engraved, Printed in color (under Letters Patent) **by** Rand McNally & Co. Chicago”。[198]

南北戰爭之後，美國法院開始逐漸地承認在契約明示的前提下，僱用人可以取得著作權，到了十九世紀晚期甚至認為僱用關係本身的存在，就代表僱用人已經取得了受雇人所有職務相關的全部權利，包括著作權。[199]其中，1885 年的 *Schumacher* 一案，法院便認為公司的總裁才是作者，而不是受他監督從事彩繪的僱用人去執行其設計之人，因為他才是著作的「原創、發明與心智操縱」

---

[195]Catherine L. Fisk, *Authors at Work: The Origins of the Work-for-Hire Doctrine*, 15 YALE J.L. & HUMAN. 1, 11 (2003).
[196]*Id.* at 15-16.(citation omitted).
[197]*Id.* at 26.
[198]*Id.* at 27.粗體為本文所加。
[199]*Id.* at 32.

（originating, inventive, and master of mind）的來源。[200]

其實，從當時的學說，我們也可以看到此一趨勢。Drone 於 1978 年出版的論著中，有一節的標題是「作者與受讓人」(Author and Assignee)，對於「誰是作者」這個問題，他指出：

> 當一個人構想了一份著作的設計，並且**僱用**其他人來**執行**它，因為這份創作源於他心智的事實，已足以使他成為作者。[201]

於是，受雇用的創作者成為了僱用人心智的執行工具。僱用人可以不在創作的現場，也不動手「執行」受雇人的瑣碎工作，他只負責「構思」，而後者才是成為著作的作者的關鍵。Drone 接著又謂：無論是英國或美國的制定法，都明白承認受讓人作為財產權人，可以以自己的名字註冊為作者。[202]在以「僱用人的權利與受雇作者」(Rights of Employer and Author Employed)的小節，他解釋道：

> [僱用人]已經僱用並付費給**勞動者**（laborer），其勞動成果即為[僱用人]之財產。**文化勞動**（Literary Labor）不是此一**普世法則**的例外......所以百科全書、地理辭典、目錄、地圖、圖表、照相以及其他許多例子，他們的勞力應該屬於他們的僱用者所有；並以僱用人的財產的地位取得著作權以及出版。[203]

我們可以發現此處受雇主僱用的創作人成為了「勞動者」，他們與利用他人受著作權保護素材的「編劇家」一樣，都不再享有「作者」的名號。他們勞動的成果與其他勞工的身體勞動的產品一樣，都是資本家的財產。作為文化勞動者，他們付出身體勞動者的「勞工」相較，並不居於特殊地位，可以使得其勞動成果

[200] *Schumacher v. Schwencke*, 25 F. 466, 468 (1885).
[201] Drone, *supra* note 183 at 236. 粗體為本文所加。
[202] *Id.* at 238.
[203] *Id.* at 243. 粗體為本文所加。

不必依照「「普世法則」成為僱用人的財產。Defoe 將作家比喻為工人的作法，竟一語成讖。 令人好奇的是，如果 Defoe 知道作者將成為勞動者，而出資者將成為作者，不知道他是否還願意與倫敦的書商結盟，督促 18 世紀初的英國國會通過書商所推動的《正當所有人之議案》？

1909 年國會通過的著作權法法案，在沒有引起太多的爭議的情況下，增定了下列文字「...『作者』一字應包括在僱用著作（Work for Hire）情形的僱用人」。[204]

第五款 小結

從前述的討論，我們可以發現市場的「交換價值」，在智慧財產的客體與專有排他權利範圍的界定上，扮演著重要的因素。Story 法官以利用人的使用對原著作市場銷售的影響，將著作權人的權利擴張到「一字不差的重製」之外如此，「思想」漸次被劃為「表達」，讓財產客體擴張到實際文字符號之外的「那個事物」的發展亦然。 這些轉變與美國出版業在資本主義的推力下，開始地將書籍的衍生商品的市場視為其獲利的重要來源的策略與態度的改變有關。 此一趨勢在二十一世紀美國成為最大文化輸出國家後，益為明顯。包括翻譯、小說翻拍電影、電影人物玩偶與圖案的銷售等一系列的衍生商品，都成為內容產業穩定而且收穫豐富的利潤來源。1976 年美國國會通過的著作權法案，更將衍生權利擴張到任何受著作權保護的著作，衍生著作也採取了廣泛的定義：「衍生著作指建立在一份或以上的既有著作的著作，例如翻譯、音樂化、戲劇化、小說化、電影版本、錄音、藝術重製、節錄、濃縮、或者任何著作被重新表現、轉化或更改的形式」。[205] 此亦為美國現行著作權法之規定。

不過，一個相當有趣的現象是，儘管我們可以說在 *Stowe* 案之後，當財產產客體不是具體的符號，而是「那個事物」時，*Millar* 案對思想/表達的區分已經不復存在了，但是，思想/表達二分法非但沒有被揚棄，在「思想」不斷被納入

---

[204] 1909 Copyright Act, 35 Stat. 1075, §63.

[205] 17 U.S.C. §106(2).

「表達」的重新劃界的過程中，它日後的地位反而越益崇高。思想/表達二分的功能，其實不在於界定著作權的財產客體，它的真正功用，如同學者 Bracha 所言，其實是在著作權不斷擴張時，**保證**所有的「思想」和知識都仍是自由的，藉此舒緩由私人控制公共知識的焦慮與不安。[206]如果我們不能保證「思想」是自由的，Story 法官如何宣稱美國華盛頓總統的官方文件與私人通信，因為可以在市場賣得高價，所以就是「**私有**而且最具**價值**的財產」（as private and most valuable property ）呢？稍候本文將介紹的美國二十世紀法院對待關言論自由與著作權的態度，思想/表達二分法也扮演著同樣的作用。

此外，我們在前述的討論，也可以發現作者在智慧財產論述居於樞紐位置，但卻又相互矛盾的諸般面貌。著作是作者心智勞力的「原創成果」，所以這是「他的」，而且也沒有人會因為作者對其「原創成果」享有的專有排他權利，較過去處於不利的狀態（以前根本沒有這東西）。這是自 Blackstone 以來，作者還有作者的受讓人對其「私有財產」正當性的重要根據。從美國立國之初各州以作者為中心的立法、乃至於後來認為利用既有受著作權保護著作的「編劇家」、「翻譯者」，都不是「作者」，所以拿走了不屬於他們的利潤的講法，我們都也可以看到作者的名號與財產權人的正當性的緊密連結。附帶說明的是，儘管許多人認為美國著作權法與歐陸相較，其哲學基礎（其實就是正當性的基礎）在於功利的工具主義，但這不僅是將比較的對象限於西方，所以忽略了其中原創作者的觀念的特別與新穎之處，並且也誇大了兩者的差異。[207] 其實，在智慧財產論述的架構下，作者心智勞力的原創成果的財產權利，如同 Barlow 與 Madison 所認為的，與促進知識的公共利益的工具主義目的是一致的。

儘管原創天才被一再強調，但矛盾的是，我們也可以看到 Story 法官認為沒有作者不需要借用既有的素材，這種非常「後現代」的看法。而在 Holmes 大法官的意見中，他也認為因為每個人都有獨特的個性，所以即使是「複製」自然界而且「平庸」的作品，也必然有「屬於他自己的」原創的部份。值得注意的是，上述 Story 與 Holmes 的說法，都是出現在論證**取得**著作權要件的層次，他們的目的之一都是在降低原創性的門檻，使得原本不符浪漫天才的「原創」要求，大量

---

[206]Bracha, *supra* note 158 at 238. 粗體與引號為本文所加。

[207]See generally Jane C. Ginsburg, *Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991 (1989).

倚賴既有素材，但在市場有相當交換價值的文化（衍生）商品，也可以取得著作權。 這對資本主義下的出版商乃至於後來的內容產業都是必要的。 事實上，在二十世紀中葉的美國，我們甚至可以看到聯邦第二巡迴法院的 Frank 法官認為「**複製者（copyist）不佳的眼力**、有缺陷的肌肉控制、或者是受到雷聲驚嚇，都足以產生可見的區別.....**讓他成為『作者』而享有著作權**」。[208] 必須強調的是，**此種矛盾是智慧財產論述的根本結構，而不是偶然的結果**。 如果在「取得」與「行使」著作權的不同層次，都是以人人都是借用者的形象來架構作者，作者還有其受讓人對「原創成果」的「專有」權利的正當性就會發生問題；相反地，若率以浪漫天才的「原創」為準，將會影響到出版商和內容產業對文化商品乃至許多衍生產品的控制，影響其經濟利益。 。

從十八世紀安妮法案誕生之際，出版商即以「作者」的受讓人的地位來維繫其正當性。 而從前述的討論，我們也可以合理懷疑十八、 十九世紀的美國，有一定比例名義上註冊為「作者」的著作權人，不是實際創作的作者，而可能是僱用他們的僱主或者其著作的受讓人。 其實，在 Drone 於 1878 年出版的教科書論著，就認為無論是美國或英國的制定法都明白承認此種作法。 在他的論著中，當作者被出版商僱用後---這些「勞動者」（不是作者）--的心智勞力的成果，與其他勞動者就既有原料加入自己身體勞動的產品，在「普世法則」下，都是僱用人的財產。 而對一些法院而言，比起「執行」命令的「勞動者」， 僱用人的構想與心智的操縱，才是原創著作得以誕生的動力，他們甚至更有資格稱為作者。 類似的看法在美國國會於 1909 年制定「僱用著作」的規定後，同樣出現在二十世紀的美國法院。當 Ronnell 要以「共同作者」的身份延展過去她在 Berlin 公司任職時重新編曲的樂曲的著作權年限時，法院認為不是「作者」的她沒有申請延展的資格；僱用他的 Berlin 公司還有授權給 Berlin 的迪士尼才是「作者」，才有權申請延展，因為它們不僅是著作誕生的「動力」（motivating factors），採取「行動」促使 Ronnell 去改作，它們也有權力接受、拒絕、修改她的作品。[209]僱主成為「遠見與先知之人」（Visionary），而僱員則成了執行其意志的機械與工具。[210]此一吊詭的現象，其實正顯露了「作者」之於智慧財產權人的正當性的重要地位。當創作

---

[208]*Alfred Bell & Co. Ltd. v. Catalda Fine Arts* , Inc., 191 F.2d 99, 102-103 (1951) 引號為原文所加。粗體為本文所加。
[209]*Picture Music, Inc. v. Bourne, Inc.*, 457 F.2d 1213, 1216 (2d Cir.), *cert. Denied*, 409 U.S. 997 (1972).
[210]Peter Jaszi, *Toward a Theory of Copyright : the Metamorphoses of "Authorship"*, 1991 DUKE L. J. 455, 489 (1991).

者因為受雇於資本家，而可能妨礙僱用人的資產管理和運用時，他們就成了「勞動者」，而不能再享有「作者」的稱號。而當受讓人的地位不符所需，資本家更直截了當地化身為「作者」，它們不必動手，只須像聖經創世紀的耶和華一樣動口，就可以「憑空」創造出無數的「原創作品」，享有一切「原創天才」對其財產權利的行使的正當性。

在美國國會於 1909 年制定「僱用著作」的過程，波士頓出版商 Samuel J. Elder 呼籲百科全書以及同樣需多人協作才能的著作的出版商，共同支持此項立法，而不要再依賴過去個別訂定移轉契約的方式；他的理由是：若不讓出版商成為「作者」，往後要去哪裡找這些參與協作的人（還有他們的子子孫孫），去申請著作權年限的延展？[211]Elder 的理由用當代術語來說，就是單一著作太多財產權人所造成的管理上的「交易成本」，而讓出版商成為作者，是此一「交易成本」的解決之道。另一方面，Fisk 也指出，二十世紀之交，美國法院以為僱用人原則上是著作的財產權人的轉變，反應的是可能是法院認為受雇人或僱用人，誰最可能對未來著作權主張的計畫有最佳的資訊。[212] 如果，我們再對照前述將僱用人擬制為「作者」的發展，二十世紀後半，在智慧財產擴大的浪潮中，拯救公共園地的作品免於淪為孤兒的「作者」，不是個別的受雇人，而是僱用這些「勞工」的迪士尼公司，或許一點也不令人意外。畢竟，這樣不僅可以避免讓受雇人成為作者後，資產管理上的的交易成本問題，作為「作者」的迪士尼公司，也比這些勞工有更充足的資訊去管理這些資產，避免著作成為「荒原」。

第三項 智慧財產的公共園地

自美國於 1790 年制定第一部聯邦著作權法，不僅在 1891 年 Chace Act 通過前外國人的作品都是美國人的公共園地，整個十九世紀也只有 1831 年將首次著作權期間從 14 年增加到 28 年，而原有得延展的第二段著作權年限則仍維持 14 年。1886 年的簽訂的伯恩公約的會員國的著作權年限「至少」必須是作者生前加上死後五十年，不過美國並沒有順應此「國際趨勢」，1909 年修正著作權法時，

[211]Fisk, *supra* note 195 at 63.
[212]*Id.* at 55.

仍然維持原本兩段式的著作權年限，僅將延展的年限從 14 年增加到 28 年，因此著作權最長可達 56 年。不過，情況到了二十世紀後半，有了很大的改變。 戰後的美國已經世界最大的文化商品的輸出國，而不再是十八、 十九世紀想要尋求文化獨立的那個國家。 甚且，在知識經濟的思維開始深入人心後，這些深具經濟價值的財產，為何不能像實體財產一樣受到永久保護，也開始有了質疑的聲音。 在建國前一百五十年，美國只有兩次延長了著作權年限的立法，但從 1962 年開始，國會總共通過了十一次的立法延長既有著作的權利年限、兩次延長未來作品的著作權年限。1976 年的著作權法案，廢除了兩段式的年限規定，而改採作者生前加死後 50 年的規範方式，而在公司作為著作人的情形，則是著作出版後起算 75 年或自完成時起算 100。1998 年國會通過 CTEA，又再次溯及既往地將著作權年限一律增加 20 年。

其實，從二十世紀後半起，美國國會對公共園地的效益就已持相當懷疑的態度，在 1976 年的立法，可能是因為憲法規定著作權必須是「有限期間」，因此其報告雖然認為年限顯然是必要的，但對其是否會帶來任何好處，卻相當懷疑：

> 雖然對著作權年限的限制顯然是必要的，但是太短的年限將會傷害作者，而公眾也無法從中獲得實質好處。公眾為公共園地的作品所付出的代價往往與受著作權保護的使用者（user）一樣，但作者卻為此犧牲。在某些情形，缺乏著作權的保護甚至會限制著作的散佈。因為出版者和其他的使用者，除非取得專有排他權利，不會冒險去投資這些著作。[213]

與十八世紀英國出版商的主張相仿，公共園地再次被強調對作者是不利的。不過，如今「一次又一次」的延長不再被認為是對知識學習的課稅，反而被認為是出版者會去散佈知識的必要條件。 美國著作權年限的延長，與內容產業遊說國會的競租行為有關， 而如同 1735 年倫敦書商想要再次延長安妮法案的著作權年限時的請願：「如果[書籍]沒有像其他的事物一樣，享有確定的財產保護，人們很快就會遺忘學問，任由知識的土地荒蕪；開放所有的書籍，將會對知識

[213]H.R. Report 94-1475, at 134 (reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N at 5750)

造成不堪設想的後果」，內容產業也需要一套開放知識土地的荒蕪論述，將公共園地描繪為他者，以恐懼的方式進行說服。自六零年代末出現的「共用地悲劇」理論，正填補了這個需要。

第一款 財產權理論的共用地悲劇：從落後到發展的自然進化

「共用地悲劇」的說法始自 Hardin，[214]但真正為這樣說法建立理論典範的是 Harold Demsetz 的《財產權的理論》。[215]在該文中，Demsetz 主張當活動的經濟價值越高，因而將其正面與負面的「外部性」（externalities）「內部化」（internalize）到個人決策行為的益處多過於成本時，財產權作為一種將個人行動決定的外部性內部化的誘因制度，就會因為成本效益的需求而浮現。[216]他援引人類學家 Eleanor Leacock 有關拉布拉德半島（Labrador Peninsula）美洲原住民的狩獵地區的研究為例，指出這些區域的土地所以從共用制度演變為為私有制度的出現，無論在歷史上和地理上，都與毛皮貿易的發展有密切關聯。 因為，狩獵的外部性雖然一直存在，但在皮草貿易存在前，外部性幾乎是可以忽略的，但是，由於貿易之故，皮草的**經濟價值大幅提高**，連帶造成了過度狩獵的問題，因此出現了將正面的外部性（經濟價值）與負面的外部性（濫獵可能讓皮草動物消失）內化的需求。因為皮草貿易，使得人們在經濟上有誘因去「管理運用」（husbanding）；而「管理運用」的前提是狩獵地區將會演進為私有土地制度，從而個人才有能力排除其他人的偷獵。[217]

Demsetz 認為在共用制度下，個人不能去干涉他人對共有物的使用，而個人為了最大化其共有權的價值，會傾向過度地消耗該資源，因為其行為的成本

---

[214]「共用地的悲劇」一般認為是 Hardin 的創造的詞彙，他用這個詞彙來描述每位理性自利的牧人為了最大化收益，都會盡量增加自己的牲口，直到土地耗竭為止的現象，而其悲劇性在於每個決定，都是被鎖在這個系統下個人的理性抉擇---「共用地的自由讓所有人自召毀滅」。Garrnet Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 1243, 1244.不過，討論智慧財產的論者似乎很少提到這篇文章的脈絡與主旨，Hardin 該文的主張是要限制生育自由，避免地球的資源被消耗殆盡 。Hardin 的主張與當時戰後嬰兒潮的人口爆炸問題有關。

[215]Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 347 (1967).

[216]*Id.* at 348-350.

[217]*Id.* at 351-352. 粗體為本文所加。

部份是由他人所承擔。 再者，共用制度與私有制度相比，因為其權利人彼此協商成本過高，也無法像單一的所有人一樣，去規劃能夠最大化土地價值的使用方式。 相反地，肯認所有人可以藉由私有權利的行使排除他人使用的私有制度，比較沒有這些缺點，與共用制度相較，私有制度已經將許多外部成本內部化，土地所有人的會比較有誘因去對該資源作有效地投資和管理。[218]

正如學者 Salzberger 所提醒的，但為許多論者忽略的是，Demsetz 的研究就其性質而言，是一個財產權發展歷程的**「實證分析」**（positive analysis），在該文中我們完全看不到政府的角色與公共選擇的問題。[219]我們也看不到白人和美洲原住民之間的利益衝突、 以及在私有土地制度產生後，原住民內部本身產生的權力與階級矛盾。相反地，私有財產制度在 Demsetz 的「描述」下，似乎是人類社會中因為經濟活動的改變與發展---皮草價值提高--所必然會浮現的制度，是一個文明與經濟發展過程中的**自然進化**的產物，而 Demsetz 的工作則在於「解釋」為何私有土地制度會發生。

不過，Demsetz 所援引的人類學家 Leacock 的研究，其較受質疑之處，便是沒有適當考量狩獵地區的私有土地制度與白人的「文化滲透」(acculturation）的問題。[220]如果沒有與白人交往的經驗，或者白人開始圈占其土地的事實，作為美洲原住民參考與模仿的對象，即使皮草價值提高，印地安人仍然有可能從過去他們共用制度的經驗解決該問題。 私有土地制度不是唯一的選擇，但這在 Demsetz 的分析下，卻似乎是經濟發展必經的康莊大道。

Demsetz 是一名經濟學家，但他的《財產權理論》其實有濃厚的惠格史（Whig history）[221]的風格。 就像哲學家 Gottfried Leibniz(1646-1716) 「這個世界

---

[218]*Id.* at 354-356.

[219]Eli Salzberger, *Economic Analysis of the Public Domain*, *in* THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN : IDENTIFYING THE COMMONS IN INFORMATION LAW , 34-35 (P Bernt Hugenholtz Lucie Guibault ed., 2006). 粗體為本文所加。

[220]Hardod Hickerson, Book Review, 2 Ethnohistory 1, 90 (1955) (reviewing The Montagnais “Hunting Territory” and the Fur Trade by Eleanor Leacock).

[221]惠格史（Whig history）一詞源自於英國史家 Herbert Butterfield 的書《歷史的惠格詮釋》（The Whig Interpretation of History）。惠格史後來被衍申指為將歷史描述為不可避免的進化、總是朝向自由與啟蒙、向現代自由民主制度邁進的歷史。See Whig history http://en.wikipedia.org/wiki/Whig_history Wikipedia (last visited 2010/08/10)

是所有可能的世界中最好的」（the best of all possible worlds）「描述性」的說法一樣，Demsetz 的理論也隱含了規範性的立場，[222]並且與單純的規範論證相比，更有說服力。 因為一切都不可避免，而是「自然」的。

Demsetz 的財產權的理論是建立在土地的討論上，但作為一篇以「財產權理論」為名的研究，他在文章的最後，也指出該理論同樣適用於著作權以及專利，因為兩者「所有外部性的問題與土地所有權的問題相當類似。相關的變因是一致的。」他認為「如果新概念可以被任何人自由取用，存在著對於該概念的共用權利，將會缺少發展這些想法的誘因，因為源自於這些概念的效益無法集中到它們的**原創者**。 如果我們讓原創者享有一定的私有財產權，這些新的概念將會以更快的速度問世。」[223]這其實是當代美國法律經濟分析，討論智慧財產權的起點。「搭便車」在這樣的知識架構上，基本上是一個有待解決的「問題」，因為它會造成沒有願意創作與發明的知識荒原。[224] 而根據學者 Mark Lemley 的統計方式的粗估，自 Demsetz 發表文章的 60 年代末期以來，「搭便車」這樣的術語在智慧財產的法院判決的出現頻率，可能已經超過一倍。[225]

[222]Leibniz 生前即享大名，並長期在王室供職。Bertand Russel（1872-1970）這名英國哲學家與人道主義者，在其《西方哲學史》，以反諷地語氣指出：這種以為有惡存在的世界，因為可以帶來更多的善，所以是與任何其他上帝所能設計的世界中的最好的世界的說法，「明顯道中了普魯士皇后的心意。 他的農奴繼續忍著惡，而他繼續享受善，有一個偉大的哲學家保證這件事公道合理，真令人快慰。」Bertand Russel 著，馬元德譯，《西方哲學史 (下)》(台北：左岸，2005)，頁 129。Lebiniz 有兩套哲學思想，一般認為未發表的哲學思想，在思想史上更有貢獻。不過，這裡完全沒有隱涉 Demsetz 的意味，只是想說明一件事，學術中立或許是可以追求的理想，但知識從來不是非政治性的。

[223]Demsetz, *supra* note 215 at 359.粗體為本文所加。

[224]雖然這樣的看法有確有的見，但是但這也不意謂所有的正面的外部效益都必須被內部化，搭便車不必然是不效率的，有時候甚至是可欲的，即使在實體財產亦然，相關討論可參 Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX L. REV. 1031, 1046-1050 (2004). 為什麼把「搭便車」看成一個問題，而不是「優點」其實是我們生活在資本主義下的偏見使然。我們看到得是搭便車的人「坐享其成」，而對付費坐計程車卻認為理所當然。但其實我們完全可以從另一個角度來思考，把「搭便車」看成是人類在非市場關係中的友善與互助的表現，不僅可以節省不必要的浪費而有正面效益，這種關係也會使人感到幸福；相反地，我們可以把凡事付費的作法視為是必須解決的「問題」，因為付費使得人與人之間的關係變質為市場關係，反而造成了疏離與異化。

[225]*Id.* at 1039. 不過如同 Lemley 所言，他的方法並不符合一般的科學研究的要求。

第二款　無人照護的公共園地：失去財產權人的孤兒

不過，如果被智慧財產論述視為問題者，僅止於生產誘因或搭便車，很難解釋當九零年代，部份美國的著作因為著作權期間的經過，而要「落入」公共園地時，柯林頓總統會在公開演講上，以被吸入「黑洞」來比喻這些作品的命運。[226]著作已經生產出來，但是，著作的「去私有財產化」，仍然被視為一個悲劇。或許，智慧財產論述對公共園地悲劇性的刻畫，最生動者還屬 Jack Valenti 這段在美國國會聽證會上的證言：

> 公共園地的作品是個孤兒。沒有人為它的生命負責，但是每個人都可以剝削它，直到它不復原本的豐饒，淪為貧瘠的沙地。如果沒有人擁有它，有誰會花費精力去翻修與滋養它未來的生命?[227]

Jack Valenti 是美國電影協會（Motion Picture Association of American）的主席，他擔任這個職務長達 38 年，上述的發言，是他在著作權期間延長法案的國會聽證會上的證言。

Jack Valenti 的「公共園地的悲劇」的看法，顯然不能以生產誘因來說明。事實上，隨著智慧財產權在七零年代以來的新一波擴張，共用地悲劇的理論化，已經不再限於生產誘因不足的層面。Edmund Kitch 在 1977 年便提出了深具影響力的「勘探理論」（prospect theory），他認為美國專利法的作用與其說在於誘因，不如說在於「勘探」：專利與採礦權的功能，都在於讓首位發明/發現者藉由行使排他權，管理與協調後續資源的投入。[228]換言之，智慧財產的功能在於讓智慧不要成為沒有人管理的孤兒。 當智慧財產的功能不僅在於誘因，也在於生產後的管理，其實與一般實體財產在法律經濟分析上的作用已經相差無幾　。這或許也是為何美國知名的法官 Frank Easterbrook 會在 1990 年時以相當肯定的語氣表示：

---

[226]See Robert A. Baron, *Reconstructing the Public Domain(Metaphor as Polemic in the Intellectual Property Wars)*, http://www.studiolo.org/IP/VRA-TM-StLouis-PublicDomain.htm#t057 at n.14 (Mar 23, 2002).

[227]Copyright Term Extension Act : Hearing on H.R. 989 Before the Subcommittee On Courts and Intellectual Property of the House Committee on the Judicary, 104th Cong., 1st sess. (June 1, 1995)

[228]EDMUND W. KITCH, *Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & Econ. 265 (1977).

「除了極少見的情形以外，我們應該將智慧與實體財產在法律上相同對待---這是潮流所驅.....」。[229]

1998 年， 為 Jack Valenti 所支持 CTEA 在美國國會通過了，該法案溯及既往延長了已經生產出來的著作的著作權年限。 在 Eric Eldred 以身試法挑戰索尼博諾法案的合憲性，但美國最高法院認為該法案合憲的 2003 年，Richard Posner 與 William Landes 為文指出智慧財產的功能，不只在於誘因，也在於如何最佳化該財產的使用，而智慧財產同樣也會有實體財產因過度放牧而耗竭的問題。[230]他們指出「就像毫無限制的開採油井也會讓油井提前枯竭一樣」，商標與形象權（Publicity Right）都會因為過度使用而降低其價值，而保護形象權的原因不在於讓人們有動機成為名人，而是避免因為濫用導致其商業價值的提前耗竭；不只是商標和形象權，Ponsner 和 Landeis 以迪士尼的米老鼠為例，認為米老鼠一旦因為著作權期間到期而成為公共園地的作品，雖然因為任何人都可以利用米老鼠，其商業價值短期內會暴增到最高點，但是很快地公眾就會開始對米老鼠感到厭煩，而且因為每個人都可以自由對米老鼠作不同的詮釋和改作，米老鼠的形象和意義也會變得模糊不清，米老鼠將不復原本的商業價值。[231]他們援引 Bill Britt 的觀察，認為這些憂慮顯然正是迪士尼公司所在意的：

> 為了避免毀滅，迪士尼對它卡通人物的資產配置以相當審慎地方式在管理。在它的帳本上有數以百計的卡通人物，其中許多人物可以隨時從退休狀態再次被賦予生命……迪士尼對這些人物踐行管理運用（husbandry）的原則，藉由避免過度曝光，延長其品牌生命。[232]

在 Demsetz 關於美洲原住民狩獵地區的分析中，「管理運用」的前提必須是個人有能力排除他人的偷獵，而這又取決於土地的私有財產制度的建立。 同樣

---

[229]Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property Is Still Property Property*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 108, 118 (1990).

[230]Richard A. Posner & William Landes, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471 (2003).

[231]*Id.* at 485-486.

[232]粗體為本文所加。*Id.* at 486.引文的原出處為 Bill BRITT, *Disney's Global Goals,* Marketing 26 (May 17, 1990).

地，迪士尼所有有能力管理運用其無數的卡通人物，也在於著作權的私有財產保護。著作權人確保了這些卡通人物的照護，讓它不致淪為無人保護、任憑掠奪的公共園地悲劇。 不過，米老鼠本身當然不會因為過度使用而耗竭，反而是意義與詮釋能夠更加多元，真正受到影響的是想要固定米老鼠的形象和意義的迪士尼公司以及其商業利益。

因為認為智慧財產同樣會有其他永久保護的實體財產的耗盡與資源配置的問題，Posner 和 Landes 在該文中提出了讓著作權人可以無限次的延長著作權權利期間的立法建議，亦即只要著作權人在第一次權利期間屆滿後，願意繳交一定費用，即可獲得一定期間的延長保護，而且延長的申請並沒有次數的限制。兩位學者指出在他們的制度下，公共園地的組成會與現狀不同，主要由經濟價值低於申請延長所需的費用的作品所構成，價值高的作品在理論上則可以一直受到財產的保護；他們認為這可以避免「非財產」（nonproperty）的公共園地所造成的不效率問題。[233]換言之，我們可以說 Posner 與 Landes 所想像的公共園地，主要是由沒有經濟價值的作品所組成，雖然不至於是不毛之地，但真正**有價值**的作品理論上是不會成為孤兒的。理論上， 除非著作的價值已低於照護與登記手續的成本，根本沒有人會「棄養」這些作品。 當然，實際上會有作品不小心「落入」公共園地，但事後卻被發現還有相當經濟價值的情況， 因此，為了要確保開發的意願，Posner 與 Landes 認為最好的解決之道是讓「救活」這些作品的人（resurrector），可以像實體財產的發現者一樣，享有該物的財產權。[234]作品獲得再生，重新有財產權人予以照護。

雖然 2003 年最高法院判決 CETA 合憲，不過對於許多人而言，CETA 將既有著作權延長二十年，其實只是在憲法規定「有限期間」的規定下不得不然的暫時妥協，他們的理想仍然是永久保護，Valenti 著名的主張「比永遠少一天」（forever less one day）正是此種思維。2007 年 4 月 Valenti 與世長辭，不過 Valenti 的想法並沒有隨之消逝。2007 年 5 月，《冬天的故事》的作者 Mark Helprin，在紐約時報的論壇版為文主張，著作權應該和人們所「建造的房子」一樣受到永久保護，因為他認為 James Madison 與 Thomas Jefferson 等立憲者因為

[233]*Id.* at 474.
[234]*Id.* at 489.

受限於時代的背景---當時百分之九十五的人口都靠土地營生的經濟型態有關---根本沒有料想到智慧財產有一天會變成帶動經濟的火車頭，所才會在憲法中規定著作權與專利必須是「有限期間」。[235]對 Helprin 而言，公共園地只是過去停留在農工經濟時遺留下來的「原始」制度，當知識的價值提高，一如拉布拉德半島土地制度的演化，它應該隨著時代被汰換。

第三款 小結

無人擁有的知識土地，在十八世紀的英國就被書商看作是混亂、無序與荒蕪的處所，而即使是反對永久著作權保護的論者，豐饒的文化仍然是產生在作者作為土地業主的帕納賽斯山。 而在二十世紀後半葉的美國， 公共園地的「共用地悲劇」的他者形象，是智慧財產證立其存在與擴張的必要論述。從共用地到私有財產被形繪成一個相關活動的經濟價值提高後，維繫進一步發展的**進化**過程。 在 Demsetz 的財產權理論下，共用制度與私有制度相較，被認為是在經濟活動與活動的價值都不高時，一個堪用的原始制度。 但是在該地區的經濟活動開始轉型成高經濟價值的活動時，私有財產制度便會取代共用制度 。這個「共用地悲劇」的財產權理論同樣也被運用在智慧財產的領域。在智慧財產論述下，雖著知識的經濟價值的提高，公共園地被認為是「原始」的制度，而應該由「現代」的智慧財產制度所取代。 因為沒有人有專有排他權利，人人可以搭便車的現象，將會造成有人願意創作的共用地悲劇。 不過，智慧財產論述下的公共園地的他者形象不僅止於誘因，而是去私有財產化本身就被看作是一件應該避免的事情，因為這樣的公共園地將是疏於管理、沒有人願意進一步維護與投資的孤兒。

[235]Mark Helprin, A Great Idea Lives Forever. Shouldn't Its Copyright?, op-ed The New York Times (May 20, 2007), available at http://www.nytimes.com/2007/05/20/opinion/20helprin.html.

第四項　智慧財產與言論自由：思想/表達的二元公私劃界

如前所述，美國立憲之初，國會在 1789 年通過憲法本文第一條第八款規定「為促進知識...之進步，國會得保障作者...對其作品，一定限期之專有排他權利」，這也是美國國會得以在各州本身著作權保護之外，制定聯邦政府的著作權法的權力來源。兩年後，「國會不得制定任何法律限制言論與出版自由」的憲法第一增補條文與權利法案的其他增補條文一併通過。第一增補條文的制定與英國過去《執照法案》審查制度的歷史經驗有相當關聯，[236]不過美國的立憲者顯然覺得發源於《執照法案》的著作權制度，不屬於第一增補條文所要禁止的「任何法律」之列。這一方面與著作權法逐漸在理論上被認為是作者的財產的思潮有關，另一方面亦因當時對憲法第一增補條文中「任何法律」的理解，可能僅指事前禁止的法律，而非諸如誹謗等事後懲罰。[237] 其實，這也是更早之時，反對《執照法案》的出版審查制度，但認為《執照法案》失效後，因為「出版海盜」的橫行與猖獗，作者的財產亟待立法保障的 Daniel Defoe 的態度。

當代有關美國第一增補條文的違憲審查標準以及相關理論，肇始於二十世紀世紀初，在這之後其保護範圍都逐漸擴展。1964 年 *New York Times Co. v. Sullivan*(1964)一案，[238]更讓第一增修條文的保護延伸到原本被認為單純是私人權利侵害，而且屬於事後懲罰的誹謗。如果誹謗的規定會牴觸第一增補條文，同樣屬於「私權」，而且也是一種事後賠償與懲罰制度的著作權法，難道不會和第一增補條文衝突嗎？

第一款　公共的「思想」市場與私有的個人「表達」

在前述的脈絡下，美國已故的學者 Melville Nimmeru 於六零年代末注意到他口中這個長期被「忽略」，存在於第一增補條文與著作權法之間的「悖論」

[236]See Anthony Lewis, Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment 2 (2007).
[237]*Id.* at 2-5.
[238]*New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964)

（paradox）。[239]Nimmer 自己對第一增補條文的違憲審查標準的立場，相較於個案判斷（ad hoc），或者當時美國大法官 Hugo Black 主張的絕對禁止，他心怡的是 Sullivan 案中以定義的方式去區分言論是否針對具有公共職務的官員（public official）)，以及該言論是否為真實惡意，就不同類型予以不同處理，他稱之為「定義性平衡」(definitional balance）的操作模式。[240]對 Nimmer 而言，「不得制定任何法律限制言論與出版自由」第一增補條文的詮釋，重點即在於公共/私人的區分。

因此，面對著作權法與第一增補條文的悖論，Nimmer 首先指出言論自由最重要的目的在於維繫民主對話，思想的自由流通，而非傳達思想的特定表達，才是民主政治不可或缺的要素，特定的表達在公共政治的功能有限，他也認為這是為何民主對話的常常被被形容為「思想市場」之故。[241]其次，他認為就言論自由的個人自我實現功能而言，「剽竊」（pirates） 他人的表達並不是任何有意義的**自我**表達（*self*-expression）。[242] 因此，除了少數的例外，「只是因為**複製者**（copier）欠缺意志、時間或精力，去**創造**他自己有關思想的表達，第一增補條文不能提供任何拷貝表達的理由」。[243]

從 Nimmer 的論述，我們可以看到他透過思想 / 表達與公共/個人、財產/非財產等二元概念的對應關係，以「定義性平衡」去安置公共的言論自由與私有著作財產的緊張和衝突。 值得注意的是，Nimmer 從言論自由的功能亦在於「自我實現」而論，特別強調**自我**表達，而不認為未「創造」自己的表達的「複製者」有助於自我實現。 David McGowan 在反駁近來言論自由論者對著作權保護之批判時，同樣也認為著作權的保護，因為其鼓勵作者不要去運用既有的素材，從事「原創」的創作，一方面可以避免過多同質性的言論，活絡言論市場，一方面也有助於個人自主能力的培養，而非成為以廉價複製為手段的「懶惰寫手」（lazy writer）。[244]此處，作為個人的個性表現的「表達」，不僅有十八世紀

---

[239]Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180, 1181 (1969).
[240]*Id.* at 1183-1185.
[241]*Id.* at 1191.
[242]*Id.* at 1192. 粗體為原文所強調。
[243]*Id.* at 1203.粗體為本文所加。
[244]David McGowan, *Why the First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy*, 65 U. PITT. L. REV. 281, 315-318, 323-325 (2003).

Blackstone、Hargrave 與 Lord Mansfield 等人所認知的功能---讓智慧得以成為可區別的個人財產，它還同時因為是個人自我實現的表現，因此也與當代第一增補條文的精神相契。作者要以「原創表達」的作者自許，向理想的我邁進，而非主張第一增補條文，懶惰地複製他人的表達，墮落為「寫手」。

不過，有趣的是，Nimmer 與 McGowan 所稱的個人的 「表達」，其實絕大多數在 1769 年的 *Millar* 案都是公共的「思想」，而非「表達」。其實，從本節前述的討論，我們也可以發現，美國在十八世紀中的 *Stowe* 案之後，思想與表達早已被重新劃界，它的功能與其說在界定著作權的財產客體，不如說是在著作權不斷擴張時，**保證**所有的「思想」都仍是自由的，舒緩讓私人控制公共心靈的不安。畢竟，著作權如果只保護「表達」，除了少數例外情形，如何可能會對的「思想市場」造成限制呢？

如前所述，1909 年僅列舉特定著作類型特定形式的改作（例如戲劇著作的小說化、非戲劇作品的戲劇化、文學著作的翻譯）作為著作權人在重製以外的專有排他權利，但在 1976 年，也就是 Nimmer 發表《著作權有限制第一增補條文保障的言論與出版自由嗎》一文的 7 年後，美國國會對「衍生著作」採取了廣泛的定義。Netanel 也指出七零年代之後美國法院判決的發展趨勢是，即使只是風格以及整體美感的相似，也會被認定是竊用既有的表達。[245] 不過，即使在 Nimmer 發表該文後，思想/表達的劃界又有了相當的變動，但 Nimmer 的看法仍然廣為法院所接受，許多法院都認為思想表達二分法原則上調和了第一增補條文與著作權法的衝突。

類似的想法也出現在許多七零年代以後的美國法院判決。以 *Krofft v. McDonald's* 一案為例，法官認為第一增補條文與著作權法的問題所以沒有在該法院沒有被主張或討論過，「...這樣的沉默並非源於疏忽，而是基於思想/表達二

[245]Neil Weinsotck Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 18 (2001). 例如，在 *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*一案，製作卡片的羅斯賀卡公司控告聯合卡片公司。 聯合卡片公司的卡片並沒有採用羅斯賀卡公司的圖片和文字，但法院認為兩家公司的卡片「它們所描繪的情緒」有共通的「整體概念與感覺」（total concept and feel），因此兩者的「表達」仍然構成「實質相似」（substantial similar），因此判決原告勝訴。429 F.2d 1106 (1970).

分法已經調和了著作權與第一增修案相衝突的利益的事實。『思想市場』並沒有受著作權所限制，因為著作權僅限於表達的保護」。[246]

在 *Harper & Row Publishers v. National Enterprises* 案，思想/表達二分同樣也是美國最高法院劃分福特總統回憶錄的公私界線的重要依據，O’Connor 大法官認為：「...藉由允許事實的自由流通，但仍然保護作者的表達，著作權的思想/表達二分法，已達成了第一增補條文與著作權法的定義性平衡」，因此，「被告為了啟蒙讀者的目的，享有不受限制地去使用該回憶錄傳達的事實性資訊的權利，但其沒有權利宣稱有需要大量盜用（ appropriate）福特先生有關該資訊的表達....資訊自由流通的公共利益，因為法律拒絕對事實授予著作權保護，獲得確保...」。[247]

在此種二元區分的概念對應下，有些美國的法院甚至進一步認為著作權法「類型豁免」於第一增補條文的審查，蓋「著作權法並非是言論自由的限制，因為著作權保護的只是表達的形式，而非思想的傳達」。[248]「類型豁免」的見解在2003 年被美國最高法院所修正，認為只有包括思想/表達二分法等言論自由安全閥的「傳統樣貌」（traditional contour ）的著作權法才無需受第一增補條文的審查。[249]但是，「傳統樣貌」並沒有擺脫此種二元概念的區分，因為傳統樣貌的著作權法，其必要特徵之一就是思想/表達二分法。另一方面， 作為一個「描述性」的事實，「類型豁免」其實頗為切合這幾十年來美國法院處理著作權法與第一增補條文的實際狀況。 自七零年代到 2003 年為止，美國法院對著作權法中第一增補條文的主張，予以否定幾乎成了司法上的慣例。[250]因為此種「非彼即此」的二元劃分，美國法院才得以一方面高舉言論自由，一方面可以從容地認定著作權人對其財產的專有排他權利，不致影響公共的心靈。

事實上，對許多法院而言，如果私有的著作財產對公共有所影響，也是屬於正面的層面。這也是美國的 O'Connor 大法官，會將著作權比喻為「言論自由的

[246] *Krofft v. McDonald's*, 562 F.2d 1157, 1170 (1977).
[247] *Harper & Row Publishers v. National Enterprises,* 105 S.CT. 2218, 2229 (1985). 粗體為本文所加。
[248] *Eldred v. Reno,* 239 F3d 372, 375 (2001).
[249] *Eldred v. Ashcroft,* 123 S.Ct. 769,789-90 (2003)
[250] See Michael D. Birnhack, *Copyright Law and Free Speech After Eldred v. Ashcroft*, 76 S. CAL. L. REV. 1275, 1281-1282 (2003).

引擎」的原因，[251]蓋讓具有天賦的作者「因為個人私心所做的努力，是達成促進知識....此一公共福祉的最好方式」。[252]有的法院也認為雖然著作權與第一增補條文看似衝突，但兩者實都在防杜言論檢查，前者在避免「私人檢查」，後者在避免「公共檢查」，因為「第一增修案旨在防止政府限制表意人的發言，而著作權法則讓表意人得以藉由表意獲得金錢報酬，進而鼓勵他們進入公共的思想市場」 。[253]

第二款　公共/私有的二元建構下的合理使用

思想/表達二分法的公共/私有的二元建構，也連帶影響了「合理使用」的定位。前述的 Harper 案，最高法院對哈潑雜誌主張的「合理使用」不予採納的原因之一，便是認為哈潑雜誌的報導所要達成的公共利益，並不需要「盜用」屬於他人的私有財產，因為雜誌其實只需傳達回憶錄中屬於公共範疇 有關水門案的事實/思想即可。同樣地，我們也可以看到美國第二巡迴法院強調「合理使用不是商業竊盜的許可證，讓法院可以任意地忽略著作權的存在，只要它認為著作的內容可能有公共的重要性。」[254]

當然，合理使用長久以來在美國法院就被認為是著作權法所內建的第一增修條文的安全閥，也是美國最高法院在 *Eldred* 案判定著作權法是否仍為「傳統樣貌」的考量因素。但是，一旦著作的元素被劃定為「表達」，成為個人私有的財產，問題的框架便被形塑為「言論自由與財產權的基本權衝突」。而正如學者 Jeremy Waldron 所言，如果著作權被看做是私人財產，一個很可能被導出的一般原則便是「第一增補條文並不賦與個人濫用他人財產的權利」。[255]

這也是華盛頓特區的地方法院在面對 CTEA 違反第一增補條文的主張時，

---

[251] 105 S.CT. 2218, 2229 (1985).
[252] *Id.*
[253] *SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F. 3d 1257, 1263, n13 (11th Cir 2001) .
[254] *Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. American Broadcasting Cos., Inc.,* 621 F.2d 57,61 (1980). 粗體為本文所加。
[255] Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 841, 849 (1992).

所持的看法：「第一增補條文並不包括使用他人著作權作品的權利」。[256]雖然由大法官 Ginsburg 主筆，認為合理使用是著作權法所內建的第一增補條文安全閥的 Eldred 案，我們沒有看到如此斷然的區分。 但是，在其駁斥上訴人援引 Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC 的作為審查基準的理由中，我們仍然可以看到財產/非財產、私人/公共、思想/表達二元對應概念的影響。Ginsburg 大法官認為：

> 第一增補條文完整地保障個人去表達—或拒絕表達—**自己的**言論的自由；但是當表意人宣稱其有權利使用**他人的**言論時，其保障的程度則少得多。[257]

學者 Adrian Liu 認為在 *Eldred* 案中，最高法院基本上將著作看成是個人的私有財產，而這不僅解釋了為何最高法院對著作權採取與一般言論管制不同的審查模式，也是該案中實際上並沒有進行任何審查的原因。[258]對 Liu 而言，他認為這樣的處理方式並非沒有道理，因為考量到著作權人的財產利益，第一增補條文的言論自由利益不必然較為優先。[259]不過，我們需要注意的是，此種「言論自由與財產權的基本權衝突」的問題框架，並非是不可避免的。 如果把被當作「表達」因而成為「他人的言論」的財產客體，一開始就劃定為公共的思想，其實根本就無所謂言論自由與財產權的衝突的問題。 這個提問本身就是思想/表達二元劃分後的結果。

第三款　誰的「傳統」？

Ginsburg 大法官在 *Eldred* 案認為 CTEA 不需要以第一增補條文去審查的理由，在於 CTEA 並沒有改變著作權法的「傳統樣貌」，亦即著作權法中內建的言論自由安全閥---思想/表達二分法與合理使用---並沒有因為 CTEA 而受到改變。不過，如果我們回顧歷史，「傳統樣貌」的「傳統」到底是什麼呢？在 *Stowe* 案後，「傳統」的思想/表達二分其實已經被重新劃定，1769 年的 *Millar* 案中的公共思想

---

[256] *Eldred v. Reno,* 74 F. Supp. 2D 1,2 (1999).
[257] *Eldred v. Ashcroft,* 123 S.Ct. 769,789 (2003) 粗體為本文所加。
[258] Adrian Liu, *Copyright as Quasi-Public Property: Reinterpreting the Conflict Between Copyright and the First Amendment*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 383, 396-398 (2007).
[259] *Id.* at 401.

已經逐步成為私有表達，原本的那個「傳統」其實已經隨風消逝；即使與 Nimmer 那篇文章發表時的 1969 年相比，經過一個世代，當時的「思想」，到底還有多少仍然保留其「傳統」，而沒有冠上「表達」之名呢？

其實，「思想」在美國著作權法的脈絡，與其理解為「抽象的一般概念」，還不如看成是一種「不受著作權保護」的隱喻說法。但是，這個隱喻的轉換，在保證公共「思想」原則上未受著作權限制，讓我們相信公共的「思想市場」仍然是自由的，卻是亟其關鍵的。 Ginsburg 大法官沒有辦法，也不會告訴我們，到底哪一個「思想/表達」的區分，才是她的「傳統樣貌」的著作權法。但是，她的說法，卻的的確確是智慧財產論述「傳統」的一部份---從十八世紀中葉的英國，當「公共」的「思想」與「私有」的「表達」的二元區分的命題由 Blackstone 等人提出後，它的目的就是在於舒緩智慧財產權人的焦慮與不安，為其所有的「表達」建立正當性。 Ginburg 大法官的說法亦復如此。

第四節 看見智慧財產權人的正當性焦慮

> 沒有什麼事情可以比財產權—或者，個人可以主張與行使對外在事物的權利，並完全排除宇宙中任何人干涉的獨有與專制的領域---更能激發想像與觸動人類的情感。

這段話是 Blackstone 在他的《英國法評論》的著名段落，在美國法教科書與法院判決中不斷地被引用，但是，如同學者 Carol Rose 所言，經典的命運似乎就是被引用，而不是被閱讀，因此很少人讀過 Blackstone 上述高倡財產權是個人「獨有與專制的領域」後，這段語氣緊張的文字：

> 不過非常少人會願意招惹麻煩去思考這個權利的原初與基礎。儘管我們對所有之物愛不釋手，我們似乎害怕去回顧取得該物的手段，好似恐懼這會玷汙我們的資格。[260]

此種 Carol Rose「布萊克史東焦慮」（Blackstone' anxiety）的症狀，代表的是財產權人對其資格的正當性的不安，她認為英美法處理這個焦慮的傳統方式：一為逕自討論財產法的各種原則，在技術性的枝節中「忘記」這個不安；另一則係功利主義所敘述的「正應如此的故事」（just-so story）。[261]

智慧財產權人也有同樣的焦慮不安，而本章便是希望透過的智慧財產論述在建立過程的回溯與討論，看見這個被「正應如此的故事」遮蔽的焦慮與不安。在這齣皮影戲的舞台上，主角是作者，這是關於他抵抗誘惑、成長、進而得到其應有報酬的的故事。 故事裡抵抗複製的誘惑的作者，一路向理想的我---原創天才---的成長路程邁進，他沒有受到鬼魅、落後、荒涼的公共園地的誘惑，成為懶惰的寫手。在他開創的新疆，他是土地的財產權人，這是他「個人可以主張與行使對外在事物的權利，並完全排除宇宙中任何人干涉的獨有與專制的領域」。因為沒有什麼東西，比「原創創作」更應該屬於他「所有」。作者/財產權人也是趕走

---

[260]Carol M. Rose, *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety Essay*, 108 YALE L.J. 601, 601-602 (1998)(citation omitted).
[261]*Id.* at 606-612.

公共園地，讓我們得以倖免於共用地悲劇的英雄。 他所守護的智慧財產，那裡是一片豐饒的知識土地，代表著文明、 進步與法治，而在疆界之外的公共園地，則是落後、 野蠻的荒原。

但是，皮影戲的主角，畢竟只是傀儡，它所敘述的故事，也只是個神話。故事的目的，是要讓人們相信，作者作為智慧財產權人的正當性，從而讓從作者「受讓」其財產，擁有眾多文化商品型錄的資本家得以隱藏在作者的身後，以「正當所有人」的角色來行使其權利/力。 於是，「受讓」作者的「獨有與專制的領域」的資本家，得以智慧財產權人的身分管理諸多的資產，而不致招受質疑。甚至，原本被高高舉起的創作人，當他/她們的存在妨礙資本家享有智慧財產時，而受讓的不確定性與交易成本也太高時，他/她就不能再享有「作者」的名號，而是從事「文學勞動」的「勞工」。而就像其他身體勞動的勞工一樣，他們的勞動成果，依照「普世法則」，都是僱用人的財產。 尤有甚者，文化勞工只不過是執行資本家心靈與意志的的機械與工具，高瞻遠矚的企業（家）才是真正的原創天才。另一方面，在市場具有交換價值的文化商品，如果以浪漫天才的「原創」標準作為著作權的取得要件，它們可能無法成為作者的財產，而作為他們的受讓人/僱用人的資本家也就沒有辦法對這些產品，有「獨有與專制」的控制權利/力，這對其利潤的追求與市場的擴大會造成相當的阻礙。因此，儘管在權利「行使」的正當性的層次，「原創天才」的故事對資本家而言不可或缺，但到了著作權「取得」的層次，「原創性」其實就是「不完美的複製」而已。種種矛盾交亙在智慧財產論述之中，但這卻是論述的根本結構，它所服務的是資本家的利益。 令人訝異的不是這些矛盾，而是我們竟然相信甚至複製這些話語。

智慧財產論述的舞臺上，除了「原創作者」這召之則來、呼之則去的皮影之外，公共思想與私人表達的二元對應對資本家對其文化商品劃歸為其「獨有與專制的領域」也扮演著相當重要的角色。強調著作的「表達」的個人性的作法，不僅讓無體智慧成為可以為個人占有的財產，也讓作者/財產權人---還有他們的受讓人和僱主---的權利行使，透過思想/表達的公私二元建構，不必直接面對「公共領域」的思想與資訊為何可以受限的質疑。雖然，自十八世紀以來著作權的發展來看，思想與表達不過是「非著作權客體」與「著作權客體」的隱喻說法，而界定「表達」的背後推力，其實是市場的交換價值。但這種概念上的置換，對擁有諸

多智慧資產，而我們都生活在其文化帝國下的資本家的正當性而言，卻是非常重要的。因為它「保證」了「思想市場」的自由，我們的心靈與思想因此不會因為這個「獨有與專制」卻又無所不在的領域而受到禁錮。

須說明的是，本文並不認為作者或者文化不需要「保護」，也並不主張智慧財產論述中的個別元素，完全無可取之處，[262]而是認為這些「保護」最大的得利者其實是背後的智慧財產權人---資本家，而不是所謂的「作者」，同時也不認為在此論述下所建構的「保護」，對文化的多元與發展、乃至知識的散佈是有利的。Milton 的「五磅史詩」是英國現存在作者與出版商之間最早的讓與契約，但這絕不是最後一份有類似內容約定的契約。 智慧財產的「保護」，並不能解決這個結構上的不平等的問題。 著作權給創作者的保護，與創作者實際得到的保護，是有相當落差的。 再者，這些保護，與其說是在促長多元的文化與知識的散佈，還不如是說在穩固資本家的經濟利益。米老鼠所以需要智慧財產保護，是因為米老鼠以其眾多衍生商品的「商業價值」，而不是因為這樣的保護可以為我們帶來多元與發展的文化。 適得其反的是，正是這樣的保護，讓米老鼠的意義與詮釋得以被固定。 資本主義並不追求多元的文化，其反而是促成了同質的商業文化的推力。 為了擴大市場追求利潤所生產的「差異化」的文化商品，並不等於文化的多元與發展。事實上，智慧財產論述所建構的「獨有與專制」的文化領域，更讓總是身處在文化傳統的我們，難以參與文化的建構與詮釋—無論對象資本家或者過去的作者。 就此而言，智慧財產不僅沒有保護作者與文化，它甚至是反作者與反文化的。

另一方面，知識一旦生產出來，並不會因為過度使用而耗竭，成為公共園地的智慧財產，影響的只是原本的智慧財產權人，在失去專有排他的權利後，無法再獲取的商業利益。 這或許是迪士尼的悲劇，但不是我們的悲劇。 其實，在一國的生產者就其國內市場、 或者與其簽訂著作權互惠保護國家的市場已有

[262]其實，智慧財產論述所以可以吸引著許多人的心靈，而且為資本家的權利/力行使提供了相當高的正當性，便在於當中有程度不一的真實性，而且至少在沒有仔細思索與自我詰問的情況下，符合我們一開始的直覺(否則也就不會是「正統」的論述了)。比如，我們可能會覺得這是「我的財產」，所以該財產在市場上銷售所得的利益，都是我「應得的」。但是，這個看似符合道德直覺的說法，如果在與其他的道德判斷上的直覺判斷交相詰問，就會變得非常有爭議性的。參 Will Kymlicka 著，劉莘譯《當代政治哲學導論》(台北：聯經，2003)，頁 1-268。

足夠的生產誘因時，現今全球「普世」的智慧財產體制，反而是對知識流通的不必要限制，甚至鞏固了全球的南北差距。 只有當美國已成為文化輸出國，美國國會才會認為公共園地會對知識流通造成限制（理由是出版商沒有專有排他權利，不會去冒險出版），忘記自己 過去雖然身為「文明社群」的一份子，卻幹著它今日指責別人的「海盜」行徑。今日菲律賓的出版商在美國主導的全球智慧財產體制下，已經不能像美國十九世紀的出版商一樣，主張「英文作品有如重要的空氣一樣，自由/免費（free）地進入我們的國家，不必課稅、不受阻礙、甚至沒有翻譯的必要」，它必須向美國的出版商付版稅，否則就是侵害智慧財產。

下一章，我們將要把視角拉回戰後的台灣，探討台灣如何在註冊審查制度的陰影下，移植智慧財產論述中將智慧定位為個人專有排他財產的知識系譜。這樣的努力，雖然因為廢除註冊審查制度，而好像讓著作權法去言論管制化，但是，這不僅可能會使得我們很自然地認定著作權是私有財產，從而可能接受公共/私有的二元劃分， 它也讓公共園地成為此一知識系譜下被去權利化的他者。

第三章　戰後台灣西方智慧財產論述的移植：從言論管制到專有排他的私有財產

在前一章考察現代西方智慧財產論述的形構過程，我們可以發現，在英國十七世紀末與十八世初時，一開始書籍的專有排他印刷的法律地位，與英國皇室準予印刷的檢查性質，性質上並不無法截然區分。 而安妮法案，雖然恢復了倫敦書商的地位，但是無體財產的觀念並未建立。 一直到了十八世紀中葉，透過思想與表達的區分，與作者的個人性與心智勞力的強調，無體智慧作為財產客體的概念才初步成型。

戰後台灣去西方無體智慧的財產概念的成形已有兩百年，而在此期間智慧財產論述在西方已經發展地相當完備。 無體智慧，何以可以是財產，已經快成為多餘的問題；另一方面，從美國二十世紀下半葉的發展來看，自十八世紀誕生的思想/表達二分法，也成功地讓著作權作為言論管制的性質，透過對應的公共/私有的二元劃分，讓「合理使用」被定性為私有財產的不告而取，而處於一個必須要證明其存在必要的位置。

戰後台灣長期處於戒嚴法制，政府相當重視言論與思想的控制。而隨著國民黨政府搬遷來台的著作權法，因為採取註冊審查制度，在此一時空背景下，註冊審查的標準會有言論檢查的色彩相當自然。 對於戰後不滿此一制度，而訴求將著作權改為創作取得主義的論者而言，智慧財產論述的私有財產的自然權利論述，是一個現成而且自然的改革理據。1985 年，著作權法的修法將著作權改為創作取得，是戰後台灣智慧財產論述在實定法上得到進一步確認與鞏固的重要一步，對之後發展也有相當的影響。而這種以專有排他權利的個人私有財產為中心的論述架構，也使得公共園地成為此知識架構下的他者。 以下將從國民政府的著作權法的立法，追尋這段移植的歷史。

第一節　戰後台灣著作權法之註冊審查制度

國民黨政府遷移來台後，台灣長期處於戒嚴法制之下，著作權法在 1985 年前，採用的是內容審查的註冊制度。 作品必須要先向內政部申請，由其認定著作內容無文理錯誤、 聊奇怪誕乃至違反出版法等情形，而授予著作權執照後，著作人才取得作品的著作權。 戰後台灣在八零年代中期以前，改革者主要訴求的之一，便是廢除此一英國在十六、七世紀、日本在十九世紀就已經廢棄的「落後」制度。

不過，要了解台灣戰後移植西方智慧論述的過程，需要對其訴諸的改革對象—著作權的以內容註冊審查制度的背景有所了解。 而戰後國民黨政府的這套制度，可以追溯到國民政府在 1928 年於中國施行的《著作權法》。因此我們有必要先了解國民政府制定 1928 年著作權法的規定及其制定過程，以及其與戰後台灣註冊審查制度的延續關係。

第一項 國民政府 1928 年著作權法的制定及其嗣響

清廷覆滅後，中華民國建立。1925 年中國國民黨中央執行委員會議決交國民政府公佈《中華民國國民政府組織法》，該法第一條規定:「國民政府受中國國民黨之指導及監督，掌理全國政務。」此一組織法確立了「以黨治國」之制。1928 年國民政府北伐完成，軍政結束進入訓政時期，同年並公佈《訓政綱領》，實施「黨治」。 著作權法即是在訓政綱領公佈前的五個月開始施行。

第一款 註冊審查制度的採行

這部國民政府在 1928 年施行的《著作權法》，與日本 1899 年《著作權法》，以及參考該法在 1912 年頒行的《大清著作權律》，在條文內容的規定上都有相當

的延續關係。[1]但是，與日本的1899年《著作權法》採創作主義，認為作者的權利並非國家所授予，而係在著作完成時已取得者不同的是， 國民政府的《著作權法》與大清帝國的《大清著作權律》，都是以註冊為著作權取得的要件。[2] 原本，由擬定報律、集會結社律的大清帝國民政部所草擬的大清著作權律草案中，第二條原規定「凡著作物歸民政部**檢定**」，而寓有有內容審查的目的，但「檢定」此一文字，最後被資政院所刪除，因此大清著作權律的條文中，並無內容審查的規定，僅以註冊為著作權取得要件。[3]而與《大清著作權》律相較，國民政府的《著作權法》，則不僅沿襲了原草案中「檢定」的意旨，還明白地在條文中規定內容審查的標準。

值得注意的是，1928年《著作權法》的第二條雖然採行了註冊審查制度：「著作物之註冊由國民政府內政部掌管之。內政部對於依法令應受大學院審查之教科圖書，於未經大學院審查前，不予註冊」，但是，從法律文字而言，似只限於教科書在註冊時才有審查的必要，而且審查的機構是大學院，並非受理註冊之內政部。不過，從同法第二十二條規定的審查標準：「內政部於著作物註冊時發現其有左列情事之一者，得拒絕註冊： 一、 顯違黨義 二、其他經法律規定禁止者」 來看，該法似乎沒有限制內政部對申請註冊的著作物予以審查，也沒有限定審查的著作物類型。(否則如何發現有顯違黨義的情事，又如何可以因此拒絕註冊？) 事實上，在立法過程中，國民政府法制局即曾表示雖然著作權法草案第二條規定「內政部對於依法令應受大學院審查之教科圖書，於未經大學院審查前，不予註冊」，但是，教科書以外的「 **其他圖書**則可逕由內政部註冊，不必經大學院審查，如內政部於註冊時認為有審查之**必要**時」，仍可依照著作權法草案所定標準執行審查。[4] 換言之，當時的國民政府並不認為內政部註冊時沒有權力審查教科書以外的圖書。

此後，《著作權法》在1944年有所修正，第二條第二項更動為：「內政部對於依法令應受審查之著作物，在未經法定審查機關審查前，不予註冊」，範圍較

---

[1] 例如《大清著作權律》有91%的條文都可以在日本1899年的《著作權法》找到對應，參王蘭萍，《近代中國著作權法的成長(1903-1910)》（北京大學出版社:北京，2005），頁99。

[2]大清著作權律第四條：「著作物經註冊給照，受本律保護。」

[3]參秦瑞玠，<著作權律釋義>，收於周林、李明山主編，《中國版權史研究文獻》，(北京：中國方正，1999)，頁101。粗體為本文所加。

[4]國史館編審，《國民政府著作權法令史料》(台北縣新店市:國史館，2002)，頁97。粗體為本文所加。

原有文字「依法令應受大學院審查之教科圖書」為廣，但仍限於「依法令應受審查者」。而在 1985 年著作權法修正為創作主義前，此一條文並無更動，但是，可能源於國民政府時期「就其他圖書...如內政部於註冊時認為有審查之必要時」仍可予以審查的見解，戰後搬遷來台的國民黨政府，其內政部並沒有將審查的圖書範圍限定在「依法令」的類型。事實上，正如中興大學法律系教授楊崇森所言，戰後台灣內政部對申請註冊之著作，在實務上是「不問法令有無應受審查之規定，一律對申請註冊之著作物加以審查」，[5]並不在意法律保留的問題。 此種作法，後來也受到台灣行政法院的肯認， 認為沒有違背憲法第二十三條的規定。[6]

第二款 顯違黨義的審查標準

此外，前述 1928 年《著作權法》第二十二條「顯違黨義」的規定，有明顯的內容審查色彩，此一特色也為戰後台灣的註冊審查制度所延續。當國民政府 1928 年制定的著作權法開始施行後，其內政部曾行文詢問最高法院，打算釐清「顯違黨義」的意涵以及審查工作的執掌 ：

> 拒絕註冊之標準第一項為顯違黨義者，查現時思想界顯違黨義者有國家主義、共產主義與無政府主義等。是否對此種研究理論的著作與意涵煽動的著作物一律拒絕註冊，或僅拒絕後者之註冊，而不拒絕前者之註冊？**中央黨部訓練部設有編審科**，審閱關於黨義之著作物，可否令該類著作物先行呈請中央黨部審核，再行呈請本部註冊？[7]

最高法院的公函解字第一三六號對內政部的疑問，其函覆表示：「...所稱顯違黨義者，原係概括之規定，若研究其他主義理論以供歷史上之參考，自與有

[5] 楊崇森，<當前著作權重大問題之剖析>，《著作權法論叢》（華欣文化：台北，1983），頁 47。原載法論第六、七期（1977）。

[6]行政法院在 1980 年的判決指出：著作權法之立法目的「重在文化之健全發展，故有礙社會秩序之維持，或違背公共利益之著述，依我國憲法第二十三條之**立法精神**，自在一准申請著作權註冊之列，並不因著作權法第二條第一項就普通著作物，亦即學校或社會教育各類教科圖書發音片（出版法第二十一條 著作權法第二條第二項）**以外之著述**，未列有應審查之字樣而有不同。」行政法院 69 年判字 259 號判決 。粗體為本文所加。

[7]國史館編審，《國民政府著作權法令史料》，頁 283-284。粗體為本文所加。

意涵煽動的著作物有別，當然不得拒絕註冊....此項著作物應由審查人核定，本法既無呈請中央黨部之明文，似無庸先行呈送。」[8] 值得注意的是，此一公函亦同時呈交給當時國民政府的祕書處。

訓政時期國民政府所制定的《出版法》，根據王壽南的歸納，有「黨政一體」、「黨政雙軌並行」的特性，[9]從以「顯違黨義」為審查標準，且審閱機關一度產生是否宜由中央黨部訓練部的編審科來擔任的疑義來看，國民政府時期的《著作權法》與《出版法》一樣，也具有此特色。雖然，「顯違黨義」的規定，在 1944 年《著作權法》修正時予以刪除（這與當時開始準備行憲的背景有關），但是，國民黨政府搬遷來台後，主管著作物著作權註冊的內政部，仍然對著作進行內容審查，並且以此為准駁，而顯違黨義，雖然沒有名列在審查標準，但在過去國民黨一黨專政的年代，自然是不成文的重要參考。

第二項 著作權註冊制度的內容審查標準及其運作

戰後國民政府接收台灣之前，因為日本的殖民統治，現代西方的著作權法已在台灣有實施的經驗。 日本政府在十九世紀末為了要廢止領事裁判權，接受西方列強要求必須在 1899 年七月十七日前加入伯恩公約，保護伯恩公會會員國版權的條件。1899 年，日本政府完成《著作權法》的立法，整合了過去制定的《版權條例》、《寫真版權條例》、《腳本樂譜條例》。《著作權法》不同於過去日本制定的《版權條例》或修正後的《版權法》，不以著作物記載「版權所有」作為保護的形式要件，著作權在作品完成時當然發生。 台灣因為日本中央政府發佈的勅令第 301 號，所以也在這部著作權法的適用範圍。1899 年 7 月 15 日《著作權法》在日

[8]同前註，頁 304。

[9]參王壽南，<抗戰前十年的出版法規>，《國立政治大學歷史學報》，第 15 期（1998），頁 103-128。

本與台灣同步生效。有關日治時期的著作權法變遷的研究，仍相當有限，[10]不過，值得注意的是，根據 1899 年著作權法的規定，電影完成後即取得著作權。但是，台灣總督府的電影政策是以檢閱為主導，電影片常會因為《活動寫真 FILM 檢查規則處理規定》等類似的行政規則被「切除、消掉以及制限其上片」，但是，這種以行政規則，限制人民原以存在的著作權的作法，在台灣並沒有因為違反「法律保留」而受到批評。[11]

1945 年日本戰敗，國民政府接收台灣，台灣成為中華民國法律施行的區域，原本在日治時期即已施行創作主義的著作權法，換軌成註冊審查主義。 爾後因為國民黨在中國節節敗退，乃搬遷來台。 1949 年，陳誠宣佈實施戒嚴，開始了台灣數十年的戒嚴法制。從此，國民黨政府從內政部的行政系統、警備總部以下的軍情機關、國民黨所經營 的事業、乃至於文藝組織與獎項等各個層面，來對言論與思想進行控管。[12]

著作審查業務依著作權法第二條雖由內政部負責，但在 1958 年以前，此項業務由內政部暫交警政司兼理。 警政司轄下有一科在當時負責管理出版與著作權業務，並聘有部外的委員組成著作權審定委員會，但委員會很不固定，直到 1958 年內政部才決定成立著作權審定委員會。就審查標準而言，1928 年制定

---

[10]有關台灣日治時期著作權法律史的研究，文獻上並不多見。其中，林俊言認為著作權法與著作權法的觀念在日本統治的五十年裡，可能只是「巧語性著作權法」，並沒有實效性。但是，支持其論證的史料頗為薄弱。該文僅舉鄧雨賢作曲、李臨秋作詞的《望春風》被霧島昇改為日文歌詞的「大地在召喚」，卻未聞兩人提起訴訟作為佐證。其旁證則為殖民統治者不希望人民有流通之思想，而不宣揚著作權之保護，但是，著作權保護與流通之思想實為二事。參林俊言，<台灣著作權法簡史：拷貝逐漸受限的法發展史>，http://www.openfoundry.org/index.php?option=com_mtree&lang=tw&link_id=1093&task=viewlink（最後拜訪日 2010/07/05），頁 6-7。另外，嚴裕欽的研究則以法律條文演變的初步介紹為主，參嚴裕欽<台灣法治之回顧與前瞻：著作權法>，《律師雜誌》，第 273 期（2002 年 6 月）。不過，就專利在日治時期的發展，可參考的是，鐘尚倍，<台灣專利法制史—從比較法制史論專利權與財產法中之定位>，東吳大學法律學係碩士在職專組比較法學組，2009 年 1 月。該文透過歷史層面的比較法研究，認為台灣戰後專利法強調排他權，而忽略使用、 收益的處分權，是受到美國法的影響，但卻忽略英美法在普通法中的財產權面向，相比而言，其認為日本處利專利權在財產權法的定位較值參考。 儘管如此，本研究仍然是從智慧財產論述的角度去寫歷史、 甚至以之為歷史評價與建議的標準。

[11]參三澤真美惠，《殖民地下的「銀幕」：台灣總督府電影政策之研究（1895-1942 年）》（台北：前衛，2002），頁 76-77。「切除、消掉以及制限其上片」既限制了電影膠卷的所有權，也同時限制了電影的著作權。

[12]不過，五零年代前期與後期國民黨控制言論的程度有相當差異，前期較為寬鬆，後期則開始緊縮。關於台灣戰後至解嚴時期的新聞管制，可參楊秀菁，<台灣戒嚴時期的新聞管制政策>，國立政治大學歷史學系碩士論文，2001 年。

的著作權法雖有以「顯違黨義」作為註冊準駁依據的規定，但在 1944 年的修正中，可能因為國共在形式上仍有合作關係，已經予以刪除。[13]因此，在 1960 年修訂《著作權審定委員規程》之前，雖然內政部有對申請註冊的著作進行審查，但卻沒有見諸法令、甚至是行政規則的明文標準。到了 1960 年修訂之《著作權審定委員規程》，其第八條才明文規定，審查著作物如發現所列情形，應該在審查意見中將事實詳列：

1、 違反著作權法、出版法、及其他法令者
2、 文理不通或錯誤者
3、 聊奇怪誕涉於迷信者

關於審查的運作情形，本身為審查委員的施文高在其著作有一段頗值參考的說明。 其指出審查的標準之一是書籍內容是否違反反共國策，例如內政部(48)內警字第 1646 號代電公佈的「匪酋匪幹及附匪份子著作查禁標準」即屬之，而依照該標準：「匪酋及匪幹作品翻譯以及匪偽書店出版社行登出版之書刊不論內容如何一律查禁」，但「附匪及陷匪份子在所在地淪陷以其出版之作品及翻譯等，經過審查內容無問題且有參考價值者，可將作者姓名略去，或重新改裝」即得以發行。[14] 另外，施文高也指出在審查後，如發覺內容欠妥者，依其程度之輕重可分為下列三項方式處理：

1、 輕微錯誤:核准註冊並通知再版時修改
2、 略重錯誤:係指部分內容有牴觸國策、涉於迷信誨謠、影響他人利益者，通知修改並送修改本再複審。複審通過者予以註冊，拒不修改者不予註冊。
3、 駁回註冊:凡內容非著作權法所稱之著作物，涉於抄襲、荒誕無稽、違反國策、情節較重者均與駁回，**必要時得移送有關機關處理**。[15]

從「必要時得移送有關機關處理」一語，我們也可以發顯著作權的註冊審查，

[13]參李明山主編，《中國近代版權史》（開封：河南大學出版社，2003），頁 180。
[14]參施文高，《著作權法概論》（台北：商務，1975），頁 69-70。
[15]同前註，頁 92-93。粗體為本文所加。

不僅與其他的言論管制系統一樣肩負內容與思想審查的工作，也與其他的系統有一定的互動關係。 有關審查的實際運作，這裡以呂秀蓮所撰，在台灣女性主義思潮有重要影響的《新女性主義》一書的註冊審查過程來稍作說明。[16]

1977 年，呂秀蓮於向內政部申請註冊她所撰寫的《新女性主義》，但審查意見認為其「論調流於偏激，有抹煞抨擊或挑撥離間，文句多有不妥」，故駁回其註冊。 呂秀蓮不服，提起訴願，內政部因而去函徵詢**各有關機關**之意見，**台灣警備總司令部**的覆函認為：「書中醜詆我國固有文化，嚮往雜交群婚，顯有乖違社會倫常即有悖人情公序」，並列舉原書第三十三頁之文字「人類學家告訴我們早期的人類社會曾以母性為中心，雜交群婚，使得『民但知有其母而不知有其父』」，所謂『偉人皆其父』，可以想見那時候的女子，必定得天獨厚」等十項審查意見，認為不予註冊並無不妥， 因此，內政部最後決定駁回其訴願，行政院對呂秀蓮之再訴願亦駁回之；呂秀蓮遂向行政法院提起訴訟， 但是行政法院仍然接受前述的見解，認為 「 被告機關為維護社會秩序，不予註冊，**與憲法第十一條言論自由之規定，殊無妨礙。** 」[17]

第三項 低落的著作註冊比例及可能原因

註冊審查時期的另一個特色是，著作註冊比率相當低落。若我們以圖書為例，從下表可以看出，1952 年有 19 件圖書註冊、同年度的出版圖書有 427 件；1954 有 22 件註冊、 該年出版的圖書有 1380 件；1959 年 187 件註冊、 1472 件出版。百分比分別為 4.4%、1.5%、12.7%。1961 年的 13%為 1964 年前最高的比率，但是隔年即遽降為 3.5%，1963 年也只有 3.6%。除了 1965 因石油危機，出版業因紙張價格上漲，出版圖書明顯減少，而中文註冊圖書因不減反增，所以出版圖書註冊比例揚升至 11.6%外，1969 年註冊比率不到 1%，其他年度在 1980 之前大約在 5%上下，到了 1980 至註冊審查制度廢止前爬升到 10%左右。[18]

---

[16]此書的註冊審查的爭訟過程，亦引起媒體的關注，參<人民有言論講學著作等自由 但不得妨礙對社會秩序維護 行政法院駁回呂秀蓮訴願案>，《聯合報》，1979 年 11 月 13 日，第 3 版。
[17] 行政法院 69 年判第 259 號。粗體為本文所加。
[18]當然，當年出版的圖書，不一定會於當年註冊，因此這個比率基本只能作為註冊情況的大概

此外，圖書實際的註冊比例可能遠低於本文的統計，因為當時台灣實際出版的圖書，應該超過本文所依據的中華民國統計年鑑和中華民國統計提要的數目。比如當時「射鵰英雄傳」因為是在香港「共匪機關報」商報連載，依據《匪酋匪幹及附匪份子著作查禁標準》根本不能在台灣出版，但市面上卻不少翻印本，甚至香港還沒有出單行本，臺灣人已捷足先登。[19]這類禁書、或者「敵偽」著作，並不會列官方的中華民國出版圖書的統計中，所以註冊比率應該更低。

表一： 出版圖書與已註冊圖書對照表 1950-1984

年份	內政部核准註冊之本國人圖書	中文圖書出版	註冊比例
1950	1	缺	-
1951	7	缺	-
1952	19	427	4.44%
1953	21	892	2.35%
1954	22	1380	1.59%
1955	23	958	2.40%
1956	41	2763	1.48%
1957	90	1549	5.81%
1958	151	1283	11.76%
1959	187	1472	12.70%
1960	135	1496	9.02%
1961	100	761	13.14%
1962	86	2404	3.57%
1963	94	2601	3.61%
1964	77	3095	2.48%
1965	129	1104	11.68%
1966	138	2199	6.27%
1967	201	2252	8.92%

估計。

[19] 參<查扣內容荒謬武俠小說 文藝作家甚表贊同 認對盜印來源應該嚴予追究>《中央日報》，1960年2月18日，第四版。

1968	157	3950	3.97%
1969	192	22556	0.85%
1970	215	8714	2.46%
1971	403	8504	4.73%
1972	429	8216	5.22%
1973	522	8547	6.10%
1974	403	8799	4.58%
1975	427	8921	4.78%
1976	630	9109	6.91%
1977	649	9304	6.97%
1978	618	9416	6.56%
1979	606	9520	6.36%
1980	658	8876	7.41%
1981	955	8865	10.77%
1982	849	8776	9.67%
1983	891	9008	9.89%
1984	964	9256	10.41%

製表者:黃泰然　資料來源:中華民國統計年鑑[20]、著作權之立法檢討[21]

註冊率為何偏低呢？除了可能過去因為日治時期採取創作主義，所以台灣人過去的法律經驗並不覺得需要註冊始能取得著作權的影響外，[22]我們可以歸納下列出下列幾個因素。 首先，註冊與審查費用過高。依據 1944 年公佈的施行細則，著作物註冊費，照著作物定價 25 倍繳納，有兩種以上定價，以最高為準。而除了註冊費外，實務上也收審查費，兩者相加可多達著作物定價 60 倍。[23]後來因為美國的壓力 1959 修正著作權法施行細則，註冊費改為 10 倍，此外限定審查費不得超過註冊費的一半。 雖然如此，對於一般著作人而言，費用仍然似乎過高，而手續也太多。[24]

[20]行政院主計處，《中華民國統計年鑑》第 73 年卷，頁 349。
[21] 賀德芬，《著作權法之立法檢討》，行政院研究發展考核委員會委託研究，1989 年，頁 26-30。
[22]因為本文對於日治時期的發展及嗣響並未予以討論，所以此一推測還需要未來進一步的研究來佐證。
[23] David Kaser, Book Pirating in Taiwan 31 (1969).
[24]參澎湃，<再談著作權註冊的改進>，《中華日報》，1979 年 10 月 18 日，第 10 版。

另一個原因則是註冊後著作權給予之保護也當有限，所以著作人沒有強烈動機去註冊。 已註冊著作的著作人雖然可以依民事求償，但是著作物之損害賠償舉證困難，一般著作人因此仍多選擇提起刑事訴訟。問題是著作權法在 1964 年修正之前並無自由刑的規定，最高只能處一千五百圓的罰金，[25]修正之後，無論是否為常業犯，皆無最低本刑之規定，[26]因此司法實務多仍以易科罰金代替自由刑之處罰。而這也會影響著作人註冊著作物的意願。因為即使註冊了，所獲得的法律保護實益亦不大。專欄作家何凡便曾謂：「就是告到官裡，也不過判六個月以下徒刑，易科罰金了事......註冊不註冊差別並不大。」[27]

最後一個可能的原因是，未經註冊的著作仍然可以透過刑法第二一六條的偽造私文書罪，對犯罪人處予五年以下的有期徒刑。 這原本是早期註冊後的著作，因為罰金太低，司法實務的變通作法，但可能也反過來影響了作者與出版商註冊的動機。五零年代後期薩孟武已註冊的《政治學》為人所盜印，但根據著作權法的規定各定讞的盜印商卻只要繳交五百元罰金，即可了事，他為此相當不滿，[28]後來，當時的檢察署檢察長趙琛以確定判決不適用法則而違背法令為理由，提起非常上訴。因此有了影響深遠的最高法院的四十九年台非字第二十四號判例。該判例表示「連同著作出版書籍之底頁，依出版法所載著作人、發行人、印刷人、 印刷者等等，一併加以翻印出售圖利者......已構成刑法第二一六條行使第二一零條偽造私文書之罪...。」[29] 此判例雖因已註冊之著作而作成，但是，實

[25] 1949 年著作權法第三十條。與新台幣之比率為一比三。

[26] 1964 年著作權法第三十三條。

[27]何凡，<玻璃墊上 保障著作權之道>，《聯合報》，1977 年 11 月 22 日，第 12 版。

[28]薩孟武認為和盜印商的利潤相比，區區五百圓的罰金，根本是九牛一毛，他指出「這項判決使盜印商大歡喜，是文化人的大悲哀。」原本薩孟武在地方法院、和高等法院都曾主張：「出版法第二十條規定書籍或其他出版品，應記載著作人、發行人之姓名、住所、發行年月日、發行版次、發行所、 印製所之名稱及所在地。 究其立法意涵，這些事項必須據實記載，否則有偽造文書與詐欺之嫌」，但不為法院所採，這也是檢察署檢察長趙琛以該確定判決不適用法則而違背法令為提起非上訴的理由。以上參考<盜印「政治學」案，薩孟武要上訴 並將要求民事賠償>《中央日報》，1959 年 10 月 3 日，三版；生活雜誌編輯部，＜薩孟武與偽造文書罪＞《生活雜誌》，第九期（1985 年 3 月），頁 16。

[29]這項判例在實務上有相當重要性。最高法院就此判例屢有判決，處理因為該判例引發的法律問題，而臺北地院亦就此有司法座談會討論法律問題。 代表的例子有最高法院五十二年臺上字第二四五四號判決，此係處理連續犯的問題；最高法院五十三年臺上字第二四四零號判決，此在處理競合問題。又如六十二年五月臺北地院的司法座談會，則在討論是否另構成行使文書罪。此外還有不少高院的判決皆與此有關。

務後來的發展，尚未註冊而沒有著作權的著作，也適用偽造私文書。[30]因此，雖然翻印者可以藉由不去翻印版權頁來規避這個處罰，但是可想而知，鑑於未註冊的著作仍然得依據偽造、變造私文書罪向犯罪人求處五年以下有期徒刑，[31]作者或出版商去註冊著作的誘因就更低了。[32]

第四項 輔助性的言論管制：註冊言論與合法言論

國治前期到中期的著作權註冊制度， 雖然註冊審查標準有明顯的言論與思想控制的色彩，但是因為註冊比率低落，因而被納入或因此受到有關機關注意的著作，其實數量並不多。 另一方面，因為內政部僅是被動的接受註冊的申請，而未註冊者仍可出版，一些自認不符審查標準，且可能會被有關機關注意者，可能也不會自找麻煩來申請。 因此，著作權法的註冊審查制度，雖然表現出政府積極介入，控管言論與思想的特徵，但是實際管制效果有限，在當時的言論管制系統中，應僅屬於輔助性的角色。

或謂，上述因素皆不能否定政府不賦予不符合內容審查標準之著作著作權，可能導致的創作誘因的降低。 但是，究其實際，這樣的效果應該非常有限，因

[30]台灣高院 61 上訴 838 即稱：「查羅蘭小說於六十年五月始完成註冊，被告謝金池、江燕金係於同年四月中翻印，除應成立刑法第二百一十條之罪外(即偽造文書罪)，尚無著作權法第三十三條第一項之適用。」

[31] 中華民國刑法第 210 條；此條發布迄今並未有過任何修正。

[32]此判例在實務上影響相當深遠，八零年代許多出租錄影帶的業者便是因為觸犯本罪而入獄，當時相當關心錄影帶問題的蕭雄淋律師，有一段轉述錄他與影帶業者的對談，或可作為此罪的一個註腳。 錄影帶業者：「判這種罪我實在很不甘心......出租盜版錄影帶是不可以的，這一點我承認，判我違反著作權法我可以接受，判我行使偽造私文書罪，我就不懂了，再怎麼想，我都感覺不出自己曾經行使偽造私文書罪。我開出租店，又『妨害風化』，又『行使偽造私文書』，好像強盜殺人放火一樣，犯的都是最難聽的罪名，不知內情的人聽說我有這樣的前科，一定以為我是個大壞人......行使私文書罪是不能和解的，如果哪個人看出租店不順眼，一狀告下去，我們豈不是人人遭殃？....不僅出租店在行使偽造私文書，現在錄影機很普遍，哪一天你把電視台的週末電影錄下來，連同演員、出品人一併拷見，你也是偽造私文書，也要坐牢哦！」 蕭雄淋：「這應該沒有偽造私文書的犯意。」錄影帶業者：「我們在出租影片，也沒有想到行使什麼文書，難道就有犯意，真搞不懂妳們學法律是怎麼想的。」蕭雄淋，<判這種罪實在不甘心>，《自立晚報》，1988 年 8 月 15 日，第 16 版。

為這種看法過度高估了著作權法在創作與出版誘因的作用。 事實上，專有排他的權利並非獲得經濟利益的唯一手段，以書籍為例，翻印版本上市離原版本可能要數個星期、甚至更久，等到翻印版本上市，原出版商和作者透過這段「領先時間」通常已經獲得一定補償，而有足夠的誘因進行出版與創作，具有時效性的報紙與雜誌更是如此。[33] 更何況，有些「意在顛覆政府」或者因為「黃色的毒」列為禁書的著作，一般人民因為好奇，反而相當暢銷，其中只要有部份的銷路是由著作人與出版社取得，他們就有足夠的誘因出版。這還不論其中發表「顛覆政府言論」的著作人，可能也不太在意出版這些著作是否為其賺入大把鈔票。其實，不少反對內容審查的註冊制度的論者，都認為註冊審查制度達不到管制言論的目的，反而是讓這類有違政策或「離奇怪誕」的著作，而有助於其散播與流傳，因此就其立法目的而言，根本沒有存在的必要。[34]縱上所述，著作權法儘管採行內容審查註冊制度，但是我們不須高估其實際的管制效果（甚至也不能忽略它可能讓這類言論更「自由」地流通）。 出版法、電影法、 台灣省戒嚴期間新聞雜誌圖書館理辦法、非正式的行政措施、以及黨國系統對出版業與媒體的滲透，才是當時言論管制的要角，而不是著作權法。

那麼，如果著作權法採行內容審查制度，並不能達到政府言論管制與思想掌控的目的，為何內政部要大費周張的去審查呢？甚至在七零年代，著作權法開始著手修正後，仍然堅持續用此一制度呢？我們或許可以從一些內政部官員的說法，來推測可能的原因。曾任內政部參事、著作權審定委員會秘書的楊鑫茲，在一次座談會中，對席間作家與學者要求廢除註冊審查的意見，他的回應是以參與高雄美麗島事件的一些首要份子為例，認為這些人都有許多著作，「 **如果准其著作權，他們就拿此註冊商標（指著作權執照）愚惑百姓，使人誤解，此誤解又關係國家利益...**」[35]另一名內政部審查官員，在接受採訪時，也表示註冊審查制度有存在必要，否則申請註冊的著作有不當內容，而政府卻授予著作權執照，無異是替其內容背書。 他以某出版商就的大英百科全書為例，原書有關中華民國的條目，竟將蒙古劃出版圖之外，若內政部沒有事前就內容審查進行把關，要求修正，而冒然發予著作權執照，政府「**無異承認**蒙古已被排除在我國

[33]Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 HARV. L. REV. 280, 299-308 (1970).
[34]例如，張靜，《著作權法評析》（台北：水牛，1983），頁 143。
[35] <如何有效保障著作權—著作權法修訂座談會>，《大學雜誌》，第 133 期 （1980 年 4 月），頁 24-25。粗體為本文所加

領土之外，而此事斷斷不可。」[36] 雖然以上僅是一些列證，但對於政府而言，似將因為註冊而取得著作權「執照」的言論，認為是政府認可的「合法言論」。 因此，如果不審查其內容，一律「濫發」著作權執照，將會模糊政府的立場，並且與其他的言論管制政策有所衝突。 換言之，就著作權法的內容審查註冊制度而言，政府的考量，與其說在於言論管制的實際效果，不如說在於著作權執照表述的「合法言論」的意義。 真正的實質性言論管制仍是以出版法、電影法、 台灣省戒嚴期間新聞雜誌圖書館理辦法、非正式的行政措施、乃至於黨國系統對文藝界、出版業與媒體的滲透為主，著作權法內容審查制度，應該只是輔助的角色。

[36]唐維中，<著作權法制度的檢討與改進>，《自立晚報》，1979 年 6 月 24 日 3 版。粗體為本文所加。該官員所提之案例的相關報導可參〈大英全書審畢 地圖若干錯誤 匪政權部分應刪除〉，《聯合報》，1959 年 9 月 3 日，第 3 版。

第二節 從註冊審查到創作取得：作者的財產權保障

第一項 從利益到權利

促成第一個著作權國際保護的公約伯恩公約的國際文學藝術聯合會，在1878年首次會議時，所揭示的著作權保護原則為：「作者對其作品的權利，不是出自於法律的認可，而係財產的一種，立法機關必須予以保障」。[37]不過，國民政府在1928年制定的《著作權法》係仿造《大清著作權律》以註冊作為著作權取得的要件。後者，雖然大部分的規定習自日本1899年為了加入伯恩公約所制定的著作權法，但就註冊是否為權利取得的根本觀念上，採取了不同的立場。日本1899年的著作權法， 登錄僅是作者就其「既有的權利」向國家請求保護時的救濟的前提而已。

留學日本的秦瑞玠在其所著，並由上海商務印刷館與民國初年印行，但對戰後研究著作權法的台灣論者有相當影響的《著作權律釋義》中，曾經對《大清著作權律》註冊的規定，指出其目的在「借以確實證明其權利」，[38]而非著作人權利的來源。他對著作權性質的總結如下：「總之現有著作權之權利者，均得行使其權利，而防止他人之侵損，此其權利，為精神勞力...本著作者所自有，非由國家之特許而取得。惟欲使其權利之鞏固，不得不借國家之力以保護之」。[39]儘管如此，這樣的看法並沒有影響到國民政府司法院對仿自《大清著作權律》的1928年《著作權法》「未註冊著作」地位的見解，謂：「查著作物以依著作權法註冊者為有著作權，故著作權之被侵害，必須註冊後方能提起著作權侵害之訴，此在著作權法第二十三條[40]有明文限制。來電所稱著作物在呈請註冊中或註冊前被人翻印仿造等情，是被侵害**通常之利益**，尚非著作權，其訴請賠償自不適用該條之規定。」[41] 不僅明白否定「未註冊著作」不能依照著作權法尋求救濟，甚至也不認為在註冊取得著作權之前，作者對其作品有權利可言，而僅以「通常之利益」稱之。

---

37 SAM RICKETSON & JANE C. GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS : THE BERNE CONVENTION AND BEYOND 49 (2006) (citation omitted)

38秦瑞玠，<著作權律釋義>，收於周林、李明山主編，《中國版權史研究文獻》，頁103。

39同前註，頁98。

40 1928年著作權法第23條：「著作權**經註冊後**，其**權利人**得對他人翻印、仿製或以其他方法侵害利益，提起訴訟。」粗體為本文所加。

41 司法院20年司法院字第530號。粗體為本文所加。

如前所述，國治前期與中期的著作權的註冊比率相當低落，而當時任意翻印他人著作的情形又相當普遍，實際上有尋求法律救濟的需求。 但是，被侵害「通常之利益」的未註冊著作，是否仍可在法律上尋求民事救濟，卻是有相當疑問的。 或許是為了避免這樣的疑義，內政部於 1965 年新修正的《著作權法施行細則》第二十三條明定未註冊之著作，若遇照相翻印，著作人仍得依民法侵權行為訴請司法機關辦理。 值得注意的是，施行細則僅謂得依民法侵權行為之規定訴請賠償，但並未進一步說明此係指民法第一八四條第一項前段「因故意或**過失**，不法侵害他人之**權利**」，還是後段「**故意**以背於善良風俗之方法，加損害於他人」。[42]如為前者，則實際上肯認了作者對未註冊著作的專有排他「權利」，若為後者則仍然是維持過去國民政府時期司法院的「利益」的見解。

就此，台灣高等法院了採取否定未註冊之著作有權利之見解，不過，最高法院在 1966 年的判決隨即指摘高等法院的不是，認為行為人有侵害他人「權利」的過失：

> 本件原審既經認定上訴人匯編前開題解出版，**耗費心力與財力**，被上訴人抄襲翻印達三百四十五題之多，出售圖利，為不可否認之事實，則能否徒以上訴人就其印行之書籍並未取得著作權，**即謂其並無權利遭受侵害，已非無疑**。且**怠於業務上應盡之注意**至損害他人權利者，應負賠償責任」[43]

此處，最高法院以「耗費心力與財力」為理由，認為作者對未註冊著作仍然可以依據作民法第一八四條第一項前段，對於因「怠於業務上應盡之注意」的「過失」行為，而侵害其「權利」的行為人，請求損害賠償。換言之，作者對未註冊著作，不僅是有「利益」，還具有「權利」的地位。之後 1967 年的一項高等法院的判決，也似乎承襲了最高法院的見解，不去著墨行為人是否是否故意以背於善良風俗為之，而僅強調作者「依自己見解，搜集資料，撰寫編印之書籍」的精神勞力付出，認為此「自為其所有之著作物」，因此即使未經註冊，仍然可以請求

---

[42]粗體為本文所強調

[43]最高法院 55 年度臺上字 1779 民事判決。粗體為本文所加。

損害賠償。[44]

此外，亦有學者呂光，從未註冊之著作仍得依民法第一八四條第一項**前段**請求損害賠償的事實，進而推論「著作人之享有著作權，原不待登記，即已存在」，蓋「 如果僅因未經註冊，即不予保護者，顯非憲法保障人民財產權之立法本旨」[45]， 學者黃茂榮也認同這樣看法，並且更進一步闡述了著作權與民法間並無特別法排除普通法的關係，亦及「未依著作權法註冊，固不受著作權法之保護」，但是，「仍得享有在財產權及人格權之一般規定的保護」（指民法）。[46]

此處，我們依稀可以看到英國在十八世紀時有關「安妮法案」與普通法著作權的類似問題。 如果著作權法並不排除民法的權利保護，那麼著作權期間經過後，著作人是否仍可依民法請求權利保護呢？如此一來，著作人的權利是否為永久的呢？

或許，是基於這樣的考量，經辦許多仿冒查緝案件的檢察官張靜、 以及專精著作權法並於中興大學任教的蕭雄淋律師，都反對未註冊之著作可以依民法第一八四條第一項「前段」請求損害賠償，而認為適當的請求權基礎是「後段」。[47] 不過， 這不代表他們反對作者對未註冊之著作，享有先於國家存在的財產權利。 張靜即曾表示：「著作物原則上只要有精神創作之事實，即不應否認其存在而拒絕賦予著作權。 蓋著作行為係一事實行為，有此著作物創作之事實，國家基於保護公益及私利，即應予以保護，無待乎註冊登記後始產生著作權」。[48]蕭雄淋也認為：「**財產權之保護，憲法第十五條有明文規定**，非有憲法第二十三條的情形，不能以『法律』來限制其權利。如今著作權法第二條卻規定可以依『法令』審查著作物，限制人民取得著作權...有違憲法第第十五條、第二十三條之嫌...」。[49]

---

[44] 最高法院 56 年度臺上字第 3421 號民事判決。

[45] 呂光，〈談談著作權有關登記保障之問題〉，收於氏著，《呂光法學論著》（台北市：華欣文化 1974））, 頁 26-27；原載 1968 年 4 月 28 日新生報。

[46] 黃茂榮，<未註冊之著作物在侵權行為法上之被害適格>，收於氏著，《民事法判解評釋》（植根:臺北，1985 增訂版），頁 399-400。

[47]張靜，<未經註冊之著作物保護與制裁>，《法學叢刊》，第 110 期 （1983 年 4 月），頁 81；蕭雄淋，<談著作權法的註冊審查制度>，《自立晚報》，1980 年 2 月 24 日，第 4 版。

[48] 張靜，《著作權法評析》，頁 139。

[49]蕭雄淋，<談著作權法的註冊審查制度>，《自立晚報》，1980 年 2 月 24 日，第 4 版。粗體為本

簡言之，縱對未註冊著作應依民法第一八四條「前段」或「後段」向法院請求救濟，有不同的看法，但認為註冊審查制度有違憲法財產權的保障，幾乎是當時學界一致的聲音，[50]而此種法理上的論述，在廢除註冊審查制度的過程中扮演了相當重要的角色。

第二項 創作取得主義之立法：作者先於國家存在的財產權利

1976 年「中華民國著作權人協會」成立，這是個由文藝界、出版界、學界所組成的民間組織，其成立目的一方面在協助作者爭取權益，包括協助註冊、提起訴訟，一方面也在督促政府進行著作權法的修正---特別是廢除註冊審查改採創作主義，以及提高罰則到五年的最高本刑，讓盜印商不能再以易科罰金了事。協會成立前，內政部在 1975 年即已完成修正草案，但是一擱三年（理由是政府正推行民刑法之修正），不過在 1978 年，可能因為協會的發聲有了效果，當時行政院長孫運璿指示內政部會同新聞局提其辦理修正，以順輿情，不必等到民刑法修定定案。[51]

不過，內政部所提出的初稿一開始仍然是採用註冊審查，僅就部份著作兼採創作主義。[52]而在一次由大學雜誌主辦的座談會，面對席間許多作家紛紛要求廢除註冊審查制度，時任內政部參事、著作權審定委員會秘書的楊鑫茲表示：內政部並不否認著作人對作品的權利，因為「...著作人著作後，**權**當然存在，這

文所加。

[50]例如，賀德芬，<著作權審查的商榷>，收於氏著，《著作權面面觀》（台北：幼獅，1987），頁 51-52。原載於 1979 年 9 月 6 日中華日報。

[51]參王洪鈞，<以爭千秋的精神修正著作權法>，《中央日報》，1982 年 12 月 20 日，第 10 版；<保障著作權人權益 著作權法將予修正>，《聯合報》，1978 年 12 月 15 日，第 2 版。

[52] 依照當時的修正草案初稿第一條下列著作：(1)文字語言之著譯或具有選作性的編輯物 (2)美術之著作 (3)樂譜 (4)發音片、照片、電影片及活動畫、磁盤帶 (5) 地圖 (6)科學技術設計圖或模型，仍需註冊始得享有專有排他的重製權，所謂兼採創作保障主義，是該草案初稿第十七條規定「演講演奏及動作表演等未經演講人、演奏人及表演人之同意，他人不得筆錄、錄音、錄影或播送」，並不需要以註冊為要件。參，<著作權法修正初稿完成 採行創作保障主義 維持現行審查註冊制度>，《聯合報》，1979 年 9 月 28 日，第 3 版。

是沒有問題的」，但是其認為「著作權法是為了對著作人**特別保障**」，內政部「希望著作人能夠得到特別的保護，而不是說沒有登記，這個權就不存在」。[53]不過在場的蕭雄淋律師隨即回應內政部目前大抵都是自行制定行政命令來審查著作物，而：

> 依命令來審查著作物，以便限制人著作權取得是違憲的，因為憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障，非有憲法第二十三條的原因，不得以「法律」來限制。著作權是無體財產權，不能用「命令」來審查，以限制人民著作權的取得。

我們可以發現雙方都不否認著作人對作品的權利地位，但對著作權法的定位顯然有所差異：內政部的立場是，著作權法是國家給予著作人的「特別保障」，因此不授予這類違反國策著作額外保障，並沒有「限制」著作人的權利；相反地，蕭雄淋律師則是把著作權定位為個人受憲法保障的財產權，並以為內政部的作法顯然違背了憲法第二十三條的法律保留。 後者，其實已幾乎時當初學界、 文藝出版界的一致看法。 爾後，在立法過程中，即使各界一直有反對聲音，內政部仍堅持採用註冊審查制度，[54]甚至為了避免違反法律保留的質疑，直接將過去審查標準如「文理」、「內容」等明文規範在草案第六條，但是，同時我們也可以看到作家運用既存權利的觀念來批判內政部的作法，吳心柳便認為 「著作物一完成，『權』自然就有了，何勞審查其(內政部)內容」。[55]

在著作權人協會的奔走之下，當時與協會頗有來往的政務委員陳奇祿在 1982 年 9 月 9 日第 1797 次之院會審議草案時，主張應廢除註冊審查制度；同月 17 日行政院副院長邱創煥召集各機關時亦明白宣示「著作不論註冊與否，受到他人侵害時，侵害人均應依著作權法負刑事、民事責任，無輕重之分」。[56]內政部在同月 26 日因此開會決定刪除草案第六條對著作物文理及內容的審查以及第二

---

[53]<如何有效保障著作權--著作權法修訂座談會>，《大學雜誌》，第 133 期（1980 年 4 月），頁 22。粗體為本文所加。
[54]<內政部審定委員會主張 著作權法宜採註冊制度>，《中國時報》，1982 年 2 月 5 日，第 2 版。
[55]吳心柳，<未名集 贊成註冊 反對審查內容>，《聯合報》，1982 年 3 月 20 日，第 8 版。括弧內文字為本文所加。
[56] 參立法院公報，第 74 卷，第 1 期，頁 2-3，內政部次長鄭水枝對草案草擬過程之說明。

十六條須完成註冊手續才能受著作權法保護的規定。[57]

因此，送交立法院的著作權修正草案已改採創作主義，第四條明定「著作人於著作完成時享有著作權」，而草案雖然仍有註冊制度，但其立法理由係「為建立公共檔案資料，提供抄錄之需要及便利基本證據之提出」，[58]而非以之作為著作權取得的要件。 時任內政部長的吳伯雄，在說明該草案立法意旨時，更指出著作權的保護從以註冊為要件到創作即受保障，「是一個基本觀念上的變革」，意即：

> 著作權是**智慧財產權**之一，註冊只是認定**本來已經存在的權利**的事實，所以著作權註冊與否，就其本身的權利而言，並沒有不同。這次的改變**，乃保護手段的不同而已**。[59]

換言之，內政部的看法是從註冊主義改為創作主義，並非創設作者的權利，而係是對作者的智慧財產予以更完整的保護，這也等於在立法上肯定了前述學說的發展。

審查法案的過程中，曾就讀台大法律系、擔任過律師、檢察官的立法委員黃主文，非常贊成這次的創作主義的修法，表示這是一個「進步」的立法，因為：

> 著作權既被認為具有財產的**價值**，財產權在民法中除不動產需要登記外，**動產**均不需登記，著作權**既是財產權**，本席認為應採創作主義，而不是登記主義。 要保護著作權必須採創作主義才能保護，**同時**可鼓勵著作人著作，文化事業才能日新月異。[60]

---

[57]<內政部等單位會商決定 著作權採創作主義 無論註冊與否，均將受到保護 文理以及內容，審查規定刪除>，《聯合報》，1982 年 9 月 26 日，第 2 版。
[58]立法院公報，第 74 卷，第 42 期，院會紀錄，頁 21。
[59] 立法院公報，第 73 卷，第 83 期，委員會紀錄，頁 103。粗體為本文所加。
[60]同前註，頁 100。粗體為本文所加。

對於熟稔西方個人財產法的黃主文立委而言，著作權的知識系譜是相當清楚的，它是具有「價值」的個人財產權，並且屬於「動產」的一種。此種說法讓我們聯想到 Blackstone「凡有交換價值必是財產客體」的說法，以及如此一來才會有人創作，因此私利的保障亦有利公益的思維。黃主文對「進步」的著作權的評價，其實是智慧財產論述的典型話語。

對智慧財產的專有排他權利性質的強調，從立委對行政院修正草案的第二十八條的討論中，也可以略窺一二。 根據行政院修正草案的第二十八條第一項的規定，除著作權法另有規定外，未經著作權人同意或授權，視為侵害著作權，其中列舉的第四款行為類型為「重製、公開口述、播送、上映、演奏、展示或使用他人之著作而營利者」。 在院會逐條審查的過程，何適委員認為本條第四款中「而營利者」四個字有極大的問題，應該刪除。 他指出而第四款依據行政院的立法理由，是配合修正條文第四條第二項「依其著作之性質，除得專有重製、公開口述、播送、上映、演奏、展示、編輯、翻譯、使用等權利外，並得專有改作之權」的修正，但前述第四條第二項的**精義在於「專有」二字**，也就是除得著作人之同意外，「**任何人都不能分享這個『權』**」，因此本款既然是依據第四條第二項配合修正，何以輕輕地用「而營利者」這四個字就把「專有」權否定掉了，難道沒有營利的人有這些行為，就可以不必取得著作權人的同意和授權嗎？這樣的限制，豈不是和「專有」的法意有違？何適委員更強調：著作權是一種無形財產，這種無形財產，與有形財產同樣要受到法律的保障，他人不容侵犯！[61]

這樣的修正建議馬上受到發言的立委如郭林勇、吳延環的贊同，郭林勇認為何適委員說出了他的心聲，因為著作人之著作都是其智力與心血的結晶，應該要予以著作權的保障，吳延環也認為這個刪除的建議非常有道理，「原條文非旦無法保障著作權人，還有吃著作權人之弊」。[62]最後，「而營利者」四字，在院會無異議刪除。

1985 年著作權改採創作取得主義後，註冊執照不再是著作權取得的要件，但著作權法僅謂「著作人於著作完成時享有著作權」，並且將著作定義為「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」外，並無正面的要件。 因此，權利人心

[61]立法院公報，第 74 卷，第 49 期，院會紀錄，頁 19。粗體為本文所加。
[62]同前註，頁 20。

智勞力的產出，如何可以享有著作權呢？或者又如何可能是財產客體呢？

不同於英國十八世紀時，曾就此有過一番爭論，此際西方智慧財產論述在經過兩百年的發展，已經相當成熟。 因此，學說上已有參照外國學說與實務以「原創性」作為著作權要件的看法，而 1989 年台北地方法院的士林分院，更首次在司法實務上以原創性的作為取得著作權的要件，排除著作權執照的認定，認為抄襲者即使先取得著作權執照，也不妨礙原創的著作人對其著作的著作權 。[63]1992 年時，最高法院則對此作了進一步的說明，認為：

> 凡具有原創性之人類精神上創作，且達足以表現作者之**個性**或**獨特性**之程度者，即享有著作權。[64]

最高法院的說明，基本上也是學說上普遍採行的見解，而這其實也是著作權界定其客體，並讓權利專有排他權利客體的重要根據。 台大法律系教授謝銘洋在九零年代初期所著的教科書中即指出：「『創作』除了必須是以人類的精神為之以外，其精神作用尚須達到相當的程度，足以表現作者的個性和獨特性，才有給與排他性權利而加以保護的必要。」[65]

---

[63]<著作權原創性認定首度使用 士林分院排除對著作權執照的認定，以原創性歸屬作為判決依據，對抄襲仿冒者將有警惕作用>，《工商時報》，1989 年 12 月 16 日，第 3 版。台北地方法院士林分院 78 年度自字第 165 號：「著作權之取得以該著作確屬原創為要件，如非原創縱經申請發給執照，法院仍得審究其原創性，並論科其違反著作權法之犯行」。

[64]最高法院 83 年度台上字第 3036 號。粗體為本文所加。

[65]謝銘洋等合著，《著作權法解讀》，（台北：月旦，1992），頁 21。此部份為謝銘洋執筆。

第三項 去言論管制？

雖然，1985 年著作權法改採創作主義，最後順利通關（但外國人著作仍採註冊主義，相關討論見第四章），但是立法院討論的過程中，並非沒有反對的意見，牛踐初委員便曾大力反對：

> 我們知道著作權是從註冊而來，沒有註冊就沒有權，如不經過註冊，政府能保護著作權嗎?能終生享受著作權嗎?如果不註冊即予保護，請問著作人的著作反三民主義、或反現狀、反政府時，他亦有權請求政府保護?政府能保護嗎?[66]

在牛踐初委員的發言中，我們可以看到對於著作權法保護的表述意義與政府作為一致性的強調，這其實也是過去內政部審查委員會堅持註冊審查制度的主要原因。 雖然，牛踐初委員的反對創作取得主義的意見沒有被採納，但是，相較於國民黨政府願意在智慧是一種財產的基本觀念上作變革，尚在戒嚴的台灣，政府對言論內容所作的讓步卻小得多。事實上， 依據草案第六條的規定，草案第四條所列之著作，得申請著作權註冊，而「著作權經註冊者，應發給執照」，但仍有三種情形不適用之。其中 第二款「依法應受審查而未經該管機關審查核准者」與第三款「經依法禁止出售或散布者」，其實仍帶有過去審查制度下的色彩。[67]

那麼，根據該條規定不予註冊，而未領有「著作權執照」的著作，是否就不享有著作權呢？從內政部長吳伯雄的說明來看，答案是否定的。 其在答覆委員質詢著作註冊或未註冊有何差異時，表示註冊之目的在提供著作權人的官方的紀錄，是一個方便著作人的作法，因為經註冊的著作權因其標的已經由行政機關檔案列管，權利人可節省舉證的困難，而且此種「業經著作權註冊之著作」在告訴或告發他人侵害其著作權後，省(市)政府、縣(市)政府或司法警察官、司法警察可以根據草案第三十五直接扣押仿製物，而未經註冊之著作並不能享有此

[66]立法院公報，第 73 卷，第 83 期，委員會紀錄，頁 99。

[67]另一種情形則是「不合本法規定者」，應指著作權法第五條不得為著作權標的之法令、公文書的規定，並無太大疑問。

好處。[68]

賀德芬在其後來研究的評論中，認為 1985 年的著作權法規定「依法應受審查而未經該管機關審查核准者」與「經依法禁止出售或散布者」，不予以註冊並發給著作權執照註冊，「仍然陷入對著作權本質不了解的謬誤中，因違法與否係屬公法上的禁制，與著作權僅宣示該著作為該創作人之產物，給予私權利之保護有別」。[69] 不過，其亦無意否定前述內政部的立場，她也強調著作權法不予註冊並不影響其著作權之取得，僅表明政府機關對違法或不依法送審的著作，不願給予行政上補強的法律效果。[70]

1985 年《著作權》修定通過時，台灣仍在戒嚴時期，許多國治時期的言論管制法令也還未廢止，是以，這次著作權修正不再以審查通過後註冊時為保護要件，但一定程度仍然在意註冊後所給予「執照」的「合法言論」的表述意義，以及與其他言論管制法令的一致性。 所以，1985 年的修法，意義不在於著作權法的去言論管制（即使是表述與象徵意義），而在於著作權被是國家予以保障的個人私有財產，已明白地在實定法受到肯定。

[68]同前註，頁 103。
[69]賀德芬，《著作權法之立法檢討》，行政院研究發展考核委員會委託研究，1989 年，頁 69。
[70]同前註，頁 69。

第三節　專有排他權利之外的公共園地

第一項　保護 v. 限制：個人權利的他者

戰後至九零年代前，公共園地在法學與立法上的討論，始終是個備受冷落的題目，幾乎沒有專文討論「公共園地」的論文或研究。不過，這不代表公共園地不常登場，事實上，討論智慧財產的文章，不可能不觸及作為智慧財產「反面」的公共園地 。對攻詰註冊審查制度者，而主張採創作取得主義的論者，他們要解決的「問題」就是創作者為註冊前，其作品不受著作權的「保護」。 而所謂不受著作權保護，也就是公共園地之意。 但這並不代表，公共園地的必要性完全沒有被認知，但它主要是被放在了為了公共利益而限制個人權利的脈絡中。

清末民初的《大清著作權律》即有公共園地之規定，在該法的第四章「權利限制」的第三十二條規定「凡著作視為**公共之利益**者」有四種情況：「著作權年限已滿」、「著作者身故後別無承繼人者」、 「著作久經通行者」、「願將著作任人翻印者」。國民政府 1928 年的《著作權法》，則不復見「公共之利益」的用語，而以「公共之物」代之，體例上有關公共園地的規定，則是放置在第二章「著作權之所屬及限制」以及第三章「著作權之侵害」。換言之，公共園地是藉由著作權來認定其存在，被看作是著作權的「限制」，以及利用人被控侵害著作權時可為之「抗辯」。其實，國民黨政府搬遷來台後，六十年來著作權法經歷數次大幅度的修正，但大體而言都維持以著作權來界定公共園地的立法體例。[71]

另一方面，相較於智慧財產有助於文化創新此一假設從未被懷疑，公共園地的積極意義卻較少人予以認知，因此在七零年代中期，內政部著手草擬著作權法的修正草案後，甚至有論者建議著作權年限已滿者，其著作權不應消滅，而應採取下述「似乎更具積極意義」的辦法：歸於公有或國有， 讓嗣後欲利用該著作者，必須付費給政府或基金會，並用該款項獎助佳作的出版。[72] 我們必須是

[71]從 1992 年修定的著作權法開始，公共園地不再被放在著作權之限制的章節，但其仍然被放置在第三章「著作權」之下。

[72]<修定著作權法之研究案>，《光復大陸》，138 期（1978 年 6 月），頁 40。

注意的是，這裡的「公有」和「國有」，仍然是專有排他性質的個人財產權，只不過該個人是以公益為目的的法人，而不是沒有任何人有專有排他的權利的公共園地。 此外，在內政部擬定著作權草案的過程，當時論者的態度反而都是認為修正草案的保護時間太短，宜加以延長。 其中，賀德芬即曾為文建議，認為就著作權的期間而言，「不妨將其保護儘量擴充延長，以利著作人」，並且指出內政部當時的修正案並未將著作權延長至作者的生存期間加上死後五十年，以與其他國家採一致的步調，似有再為斟酌之必要。[73] 在賀德芬看來，保護期間的延長，似乎沒有太大的弊害，反而是修正草案仍然延續不同類型著作，有不同著作權年限的規範，「過於支離紊亂，實有背法律應簡明易行的原則」。[74]

第二項 不能被看見的荒地：公共園地與消極確認之訴

1985 年修正通過的著作權法草案，將「公共之物」的用語改為「公共所有」，[75]但是，這不代表修正通過的著作權法在確認未註冊的著作，著作人仍然可以因為創作取得其權利的同時，也認為公眾就公共園地的作品有「所有」的「權利」。我們在立法理由與立法的過程，看不到立法者有此意圖，而從稍後的簡明不列顛百科全書」中文版一案，我們反而看到了公眾若要就確定公共園地的存在尋求法院的救濟，所將面臨的窘境。

「簡明不列顛百科全書」中文版是美商與大陸的出版社和譯者所翻譯的著作，此著作若係中國出版社所享有，在當時的臺灣無法享有著作權；但若認定美商以出資人之地位擁有該著作，因為簡體字著作在台無法註冊，因此更進一步產生外國人著作，是否可以依據《中美友好通商航海條約》第九條的規定與中華民國的國民享有同等待遇，在著作完成時即取得著作權的問題。 本案牽涉之層面頗為複雜。 [76]此處，我們僅需知道刑事地方法院認為此著作由美商享有，並就《中美友好通商航海條約》第九條的國民待遇採肯定見解。丹青公司因而上訴到刑事高等法院，並同時提向台北地方法院民事庭提起確認著作權不存在訴訟，

[73]賀德芬，<著作權立法應採的途徑>，收於氏著，《著作權面面觀》，頁 28。該文原載於中國論壇第九卷第四期，1979 年 11 月。
[74]同前註。
[75]1985 年著作權法第二十六條。
[76]這部份可參考本文第四章。

而後並纏訟至民事的高等法院。

就丹青公司的確認之訴的請求，民事高等法院首先指出請求確認被告某項權利不存在的「消極確認之訴」，原告必須要有受確認判決之「法律上利益」，亦即「有權利之存在，且有受保護之必要始可」。值得注意的是，高等法院援引了最高法院一則有關荒地的判決來借以作為認定丹青公司確認之訴無理由的根據：

> 又如被告主張某筆**荒地**為其所私有，縱屬不當，然原告請領該荒地，既未經有關機關核准而取得若何之**權利**，此外又**無何等情事可認原告在私法上之地位，將因被告主張荒地為其私有而有受侵害之危險，**則原告請求確認被告之所有權不存在，亦非即有受確認判決之法律上利益....欲提起消極確認之訴，請求確認他人之...所有權不存在，應先證明其...所有權存在，否則其保護必要之要件，即有欠缺，其訴即難認為有理由。

在以「荒地」為例，建立三段論法的大前提後，高等法院進而指出提起消極確認之訴的丹青公司，非但沒有嘗試證明對該中文版「簡明不列顛百科全書」有著作權或重製權，而有保護必要，反而：

> **自認**對中文版「簡明不列顛百科全書」**無著作權或重製權**存在，則其請求確認上訴人等就系爭中文版「簡明不列顛百科全書」之著作權、重製權不存在，顯乏即受確認判決之法律上利益，其訴為無理由，已堪認定。[77]

何以丹青公司對公共園地的主張在高等法院看來，不可能有受確認法律上之利益，沒有保護的必要呢？根本的原因，在於高等法院對於財產類型認知，只有由個人享有的專有排他權利一種。 財產固然可以分別共有[78]、公同共有[79]而有多數的權利人，其權利人的類型也可是自然人/法人、私人/政府，但以專有排

[77]台灣高等法院 78 年度上字第 830 號。粗體為本文所加

[78]民法第 817 條：「數人按其應有部分，對於一物有所有權者，為共有人。」

[79]民法第 827 條：「依法律規定、習慣或法律行為，成一公同關係之數人，基於其公同關係，而共有一物者，為公同共有人。」

他權利為財產核心概念的定義，並不因此有所鬆動。 在台灣的司法實務下，著作權也被定位為專有財產，因此分別共有、 公同共有的法律問題的探討不會有太大困難，但是，就不屬於專有排他權利性質的公共園地而言，卻缺乏對等的概念予以處理。最接近本案狀況的情形，可能就是最高法院 75 年台上字第 1001 號，與「荒地」有關的消極確認之訴的判決了。因此，高等法院會參照其意旨來建立三段論法中的大前提，是有脈絡可循的。 不過，台灣的荒地其實都是有所有人，其荒置的原因有可能是政府的管理不善，也可能是因為有太多的共有人，以致無法為任何有效的利用，因此，原告若要主張消極確認之訴，必須主張自己是所有權人，而非其他在法律上不相干的人，的確是合理的限制。 但是，就公共園地而言，因為其無法被納入專有排他的權利類型，所以也就沒有任何人對其有權利，因此乃有以下的吊詭：**公共園地是大家的，但卻又是沒有人的**；如果有人要證明其有「保護之必要」，因而「有理由」向法院提起「確認之訴」確認公共園地的存在，他/她得先否認公共園地的存在，而不是如同高等法院而言「自認」對該著作不享有著作權。

丹青公司不服前述民事高等法院的判決，上訴到最高法院。但是，這次丹青公司改變策略，不再「自認」無著作權（亦即主張公共園地的存在)，就消極確認之訴的要件改為主張：

> 唯丹青公司既有**書籍複製品之「所有權」**，則丹青公司基於該所有權自有民法第七百六十五條「處分」之權能，其現因大英公司之行為而處於不安的狀態，丹青公司豈無「私法上之地位」及「受侵害之危險」？

大英公司對此的答辯是，其從未否認丹青公司對紙張的所有權，其盡可將其丟棄、銷毀，大英公司都不會有意見。再者，大英公司也認為如果丹青公司主張紙張所有權有受侵害的危險，它也應該另外提起給付之訴防止、 排除對紙張所有權的侵害，而與本案確認大英公司著作權不存在之訴無關。

儘管大英公司的答辯頗有道理，不過，在丹青公司不再「自認」無私法上的權利之後，最高法院倒是接受了丹青公司的說法，將案件發回高等法院。[80]

---

[80]最高法院 79 年度台上字第 739 號。粗體為本文所加。

我們可以說：在以排他權利為本質的個人財產的視角下，公共園不僅僅是在智慧財產「之外」，**它還是一個看不見的存在--**公眾對公共園地之地位，如何可能有「受侵害之危險」，而有確認其存在的必要，在智慧財產論述的體系之下，的法院是**不能**去看見的。 只有丹青公司對它的書籍的私法上地位的受侵害的危險，才是法院可以適法地去確認其存在的事物。 因為，丹青公司對書籍的地位，才是(智慧)財產論述下所承認的的權利---個人專有排他的財產權---而不是公共園地。

第三項 國法尊嚴 v. 個人權利---「十年舊片」的圈地與抵抗

這種在權利之外的窘境，不僅反應在司法實務的消極確認之訴上，對於反對將已進入公共園地的作品，重新圈入智慧財產的運動者而言，也意味他們無法訴諸權利的語言，反而是贊成回溯保護者，可以輕易地援用保護著作人的個人權利作為理據。八零年代末的十年舊片風波即屬如此。這場抗爭，也是公共園地在戰後台灣的第一場抵抗運動。

第一款 台美著作權談判與電影片的回溯保護

1949 年將電影著作列入著作權的客體，依著作權法註冊者，得專有公開上演之權。同法第九條第四項並規定：「電影片得由著作人享有著作權十年，但以依法令准演者為限」(此外，當時著作權是從最初發行之日起算）。1985 年著作權法將電影著作的存續期間從十年修改為三十年，因此有了最初發行日在 1975 年 7 月 11 日以前的「十年舊片」，是否可以適用新的權利期間，從而「復活」而受著作權保護的問題。當然，1975 年 7 月 11 日到 1985 新著作權法施行間首次發行的電影，是否可以溯及既往適用新法，法理上亦有疑問，但是，因為已成為公共園地的電影都有重新被圈地的可能，反對溯及既往的人士，主要是將戰場鎖定在十年舊片這個他們認為更容易據理力爭的議題。

著作權法施行後，新頒布之著作權施行細則第二十八條第一項規定「著作於本法修正施行前已完成註冊，其著作權期間仍在存續中者，不得依本法重複申請註冊」。內政部對「著作權仍在存續中」的解釋是，其年限判斷是依據新法的規定，因此在修正前已完成者，可自動受到新法保護，毋庸再行註冊。[81]此種解釋，毋寧是變相地透過是否需要再行申請註冊的解釋，讓著作的權利年限溯及既往地適用新法。 不過，可能察覺此一見解的不妥之處，內政部未幾即變更解釋，認為「著作權仍在存續中者」，仍悉依修正前著作權法所定期間決定，並且進一步指出電影片自最初發行之日十年屆滿後，即視為公共之物。[82]內政部並且將該文號函行政院新聞局。一時之間，爭論似乎已告一段落。而在當時電影片上演播映仍需新聞局准播的年代，新聞局也為此設計了「局錄公」的准播字號；許多錄影帶業者紛紛申請登記，不少局錄公字號的影片已出現在當時的錄影帶出租店。[83]

但是，對於美國的電影業者而言，自首次發行日，僅僅十年後電影就成為成為公共園地，無意是在掠奪他們最珍貴的資產（亂世佳人、羅馬假期理論上都可以申請「局錄公」）。1988 下半年，深受美國電影業者影響的美方談判代表送來的《北美事務協調委員會與美國在臺協會著作權保護協定》相對草案，第五條除規定著作權保護期間不得短於著作人之終身及其死亡後五十年外，並且不區分著作的類型，讓電影可以與其他著作享有相同的保護時間。 其第三項，則有回溯保護的要求：

> 締約任一方於本協定在該方領域內生效時，已經規定某類著作之保護期間，係從著作完成之日或最初發行之日起算者，得保留該例外規定，並得將該規定適用於本協定生效完成後之著作。**但該著作之保護期間，不得短於完成之日後五十年**。

[81]內政部 75 年 8 月 20 日台(75)內著字第 433783 號函

[82]內政部 76 年 2 月 24 日台(76)內著字第 478080 號函

[83]參<十年舊片影帶將成公有財產之際 竟有發片公司 違規偷跑>，《經濟日報》，1987 年 10 月 26 日，第 7 版；<順了‘美’ 意 逆了這廂 中美談判陷僵局 其來有自>《聯合晚報》，1989 年 1 月 27 日，第 8 版。

因此，電影片自最初發行之日起算，即使原有規定的十年著作權年限，已經屆滿，為了要符合該協定草案「不得短於完成之日後五十年」的規定，勢必需要進行回溯的保護修法，即使這五十年可以從發行之日起算，而不需從著作人死亡之日起算。

第二款 公共園地的權利？個人智慧財產的權利！

美方的草案以及台灣政府悉案接受的可能，引起了當時錄影帶租售店業者的惶恐和群起反對。[84]因為國內異議的聲音不小，台灣的代表不敢輕易答應美方的要求。 1988 年 10 月 13 日、 14 日的台美著作權談判，對此問題因此沒有達成共識，而必須延期到隔年再行商議。[85]不久，美國即公開表示，若著作權法的談判協定不能在明年 5 月前談妥，將考慮以 301 法案進行貿易報復。爾後，因為第二次談判在即，錄影帶業者不僅舉辦聽證會邀請立委參與、 也在談判其夕串連全省的錄影帶業者休市一天。1989 年 1 月 18 日下午，因為台灣此時已經解嚴，集會遊行不像過去受到嚴格的限制，因此四百多名業者更走上台北街頭，從中正紀念堂一路遊行到「美國在台協會」，致送由蕭雄淋律師起草，台北市錄影節目帶商業同業公會、台灣省錄影節目帶商業同業公會聯合會、高雄市錄影節目帶商業同業公會聯名的抗議書《我們的聲明與抗議—給美國在台協會》。[86]

錄影帶業者對十年舊片重新取得著作權的抗爭，是台灣少見對公共園地的動員與捍衛的運動。 所以能成功動員，在於錄影帶業者本身即有聯繫的組織，以及回溯保護後，對原本因為出租權問題已在慘淡經營的業者，[87]毋寧又是雪上加霜。 另一方面，則是已經成為公共園地的著作重新為（美方）著作權人所圈有，法理上爭議更大。 參與此次動員，並擔任業者顧問的蕭雄淋律師，雖然觀

---

[84]<十年舊片豈可延長保護 美電影業為經濟利益‧作法令人氣結 我錄影帶業咸表反對‧展開自救行動>，《經濟日報》，1988 年 10 月 4 日，第 7 版。

[85]參蕭雄淋，<談「十年舊片」的爭執點—寫在中美著作權諮商會議之後>，《自立晚報》，1988 年 10 月 17 日，第 16 版。

[86]抗議書的全文可見，蕭雄淋，<我們的聲名與抗議--給美國在台協會>，收錄於氏著《中美著作權談判專輯》，(台北：自版，1989)，頁 247-250。報導另見，<抗議美方擺高姿態談著作權 影帶業者平和上街頭 在台協會將轉達意見>，《聯合報》，1989 年 1 月 19 日，第 4 版。

[87]有關此段歷史，以及著作權如何造成美國內容產業的代理商的獨占的分析，值得參考的文獻：王維菁，<著作權與台灣影視產業的政治經濟分析>，私立世新傳播研究所碩士論文，1999 年。

察此次錄影帶業者有相當高的「權利意識」，並且認為這是十月的中美談判中台灣代表不敢輕易答應美方要求的原因。[88]但更值得注意的是，其為錄影帶公會撰寫的研究、抗議書、乃至在報刊上的投書，熟稔法律的蕭雄淋反而不曾特別使用權利的語言去捍衛公共園地。

在蕭雄淋為錄影帶業公會執筆的《我們的聲明與抗議—給美國在台協會》中，他主要的理據在於攻擊美國的雙重標準與言行不一，例如根據當時美國著作權法過渡與補充條款第 103 條規定，在美舊法已經成為公共園地的著作，在新法施行後也不會重受著作權保護，但卻美國卻要求台灣要讓十年舊片重受保護。[89]儘管這篇聲明與抗議文情並茂，但是，值得注意的是，蕭雄淋並沒有宣稱將公共園地重新圈予私人的作法，侵害了公眾對公共園地的權利。在另外一篇蕭雄淋受錄影帶業者委託，趕在中美著作權談判下期間發表的《電影著作權保護期間之研究》，[90]其結論中強調的也是「國法尊嚴」與「法律的安定性與公信力」，而非對於公共園地的權利主張：

> 惟 1975 年以前未註冊之影片，美方要求恢復保護，此不僅使我國損失鉅額外匯，更破壞我國法律之安定性與公信力... 蓋如 1975 年以前之影片，恢復保護，不僅使過去形成的法秩序發生混亂，我方亦因在民刑責任上不易追究而難以貫徹執行，與其輕諾寡信，引起更大之貿易報復，不如堅守世界標準之法律原則，在法理上堅定立場。「民無信不利，國無法不行」，喪失國法尊嚴，將比貿易報復傷害更大。[91]

蕭雄淋的文字其實**反應了在智慧財產論述下，公共園地因為不是專有排他權利的財產權，所以找不到一個位置，可以使用權利的語言為自己發聲的困境。**因此，錄影業者固然深感他們的權利被侵害了，但這只是他們感情上如此，如

[88]蕭雄淋，<談「十年舊片」的爭執點---寫在中美著作權諮商會議之後>，《自立晚報》，1988 年 10 月 17 日，第 16 版。
[89]蕭雄淋，<我們的聲名與抗議--給美國在台協會>，收錄於氏著《中美著作權談判專輯》，(台北自版，1989)，頁 248-249。
[90]參蕭雄淋，<自序>，《錄影帶與著作權法》(台北：自版，1988)，頁 2-3。
[91]蕭雄淋，<電影著作權保護期間之研究>，收錄於氏著《錄影帶與著作權法》(台北：自版，1988)，頁 59。

果他們的聲音要藉由律師之口，以法律或法理的語言來表達，他們卻是不得不以國法尊嚴、法的安定性等「去權利化」的方式來爭取自己對公共園地的「權利」。

有趣的是，訴諸權利的理由，雖然未出現在捍衛公共園地的一方，卻是主張過去未註冊之著作亦應溯及適用新法著作權期間的保護者的理由之一。早在 1987 年台美貿易問題年度諮商會議，美國就要求台灣 1975 年以前的電影片，應適用新法的著作權期間規定，當時的內政部就此提出三個著作權法施行細則第二十八條的修正案版本，報請行政院中美貿易專案小組討論；其中乙案將原本第二項「著作完成於本法修正施行前，並合於本法修正施行前申請著作權註冊之規定者，於本法修正後，得依本法申請著作權註冊」的規定修正為「完成於本法修正施行前未經註冊之著作...依本法所定期間；其著作權仍在存續者中，適用本法規定」。[92]

根據這個提案，「未註冊之著作」，即使依原有自發行日起算十年的著作權年限已經屆滿，仍然可以適用新法的三十年保護。該提案所以特別針對已成為公共園地但未曾註冊的著作加以回溯保護（若著作權尚在存續者則一律回溯），主要的原因是過去美國的電影很少在台灣註冊，因此就未註冊著作回溯保護即已足夠。值得注意的是，與美方著作權人有數次合作關係的理律法律事務所，在其 1987 年 4 月 27 日的著作權法建議書中，為此辯護的理由便是從著作人的權利保護來立論，其理由有三，[93]其中第二點是：

> 依法規適用原則，涉及人民權利義務之事項，應採「從新從寬」原則[94]

姑且不論理律事務所的推論是否合理，但其不吝於使用著作人的個人權利

---

[92]內政部 76 年 7 月 31 日台（76）密伯著字第 5127 號。當時作權法施行細則第二十八條第二項內容為：「著作完成於本法修正施行前，並合於本法修正施行前申請著作權註冊之規定者，於本法修正後，得依本法之規定申請著作權註冊」

[93]另外兩點是：第一，當時著作權法第四條規定：「除本法另有規定外，著作人於完成時享有著作權」，而 1985 年著作權法並就 1975 年 7 月 12 日前的電影著作並沒有作任何的除外規定；第三，中央法規標準法第五條規定「關於人民之權利、義務者，應以法律規定」且同法第十一條亦規定行政命令不得牴觸憲法或法律，而 1986 年公佈施行的著作權法施行細則第二十八條第二項規定「著作完成於本法修正施行前，並合於本法修正施行前申請著作權註冊之規定者，於本法修正後，得依本法之規定申請著作權註冊」，明顯和前述著作權法第四條有所牴觸，應屬無效。

[94]< 1987 年 4 月 27 日理律法律事務所著作權法建議書>，轉引自蕭雄淋，<電影著作權保護期間之研究>，收錄於氏著《錄影帶與著作權法》(台北：自版，1988)，頁 46。

的語言，與蕭雄淋訴諸「國法尊嚴」的作法，其實反應的是在智慧財產論述下，擴張智慧財產保護的圈地者，比較容易訴諸權利的語言，因為他們所捍衛的是個人專有排他的財產，而這是法律所明白肯認的財產權利。

另外，值得注意的是，蕭雄淋在論證公共園地不可重新取得著作權時，曾多次使用「人死不能復生」的隱喻，來支持其主張，而特別關注「未註冊著作」可否溯及保護的美方談判代表，其律師的主要理由便是，台灣過去是採註冊主義，未註冊之著作不享有著作權，既然「未生」，何來「死亡」，因此讓過去未註冊之著作適用新法著作權的年限並無不當。 其實，正如蕭雄淋所言，美方的論據主要是指根據其著作權法「未出版」而受普通法永久保護的著作，在 1978 新法施行後出版者，不論何時之創作，都可適用新法的著作權年限，但是，此情形與自「發行日」起算已超過十年的電影，並不相同，而所謂的十年舊片指得是自發行日後超過十年者。[95]此處，值得我們注意的是，為了要捍衛公共園地，蕭雄淋所採用的論述策略是將公共園地以隱喻的方式比擬為死人，而這與美方「未生」的說法隱含著作權的取得猶如初生嬰兒的意象，形成強烈對比。 蕭雄淋會採用這樣的隱喻，自然是因為其容易為人了解和接受，但這其實也顯露了智慧財產論述中，人們習慣以智慧財產為主體（人），而把公共園地看作主體之外的他者（死人）。

不過，錄影帶業者的抵抗，在 301 貿易報復的炮口之下，終究是螳臂擋車，談判的結果：《北美事務協調委員會與美國在臺協會著作權保護協定》就回溯保護的部份，幾乎與美方的草案相同。而且等不到該協定生效，以及 1992 年著作權法的全文修正，在美方的壓力下，1990 年立法院便先行在著作權法增定第五十條之一，讓為未註冊的著作，其發行未滿二十年者，可以適用新法三十年的規定。1992 年著作權法再次延長著作權年限，其第一零六條到第一零八條的規定，也延續了溯及既往延長著作權年限的作法。1996 年為了 WTO 而因應 TRIPS 的著作權修法，在第一百零六條之一又再次地溯及既往的延長著作權年限或將已成為公共園地的作品，重新圈入著作權的範疇。

[95]蕭雄淋，<中美著作權談判後的感想(五)—未生與死亡>，《自立晚報》，1989 年 4 月 24 日，第 16 版。

第四節 小結

國民政府以及遷台後的國民黨政府因為有控制思想的需求，因此即使其一脈相承的日本帝國 1899 年《著作權法》，已經沒有了實質內容審查的註冊制度，國民政府仍然因其需求發展出了以「顯違黨義」為內容審查標準的制度，而此種以內容適當與否，來決定是否予以註冊而授以著作權的模式，也隨著國民政府的遷台，而成為台灣法律的一部份。不過，雖然戰後台灣長期處於戒嚴法制，但是著作權的註冊審查制度，如前所述，並非言論管制系統中的要角，而比較處於輔助性的位置。 政府對內容審查制度的堅持，與其說是著眼於著作權法的管制效果，不如說是在乎著作權「執照」的「合法言論」的表述意義，不希望與其他的言論管制和國家政策有所矛盾。

其實，戰後台灣採行的註冊審查制度，與英國書商公會的「書商行會版株」其言論管制效果，相去甚遠。《執照法案》」的「執照」不但代表該書商是唯一可以印刷的人，也意味該書籍已被審查者認定內容上並無問題，可以出版。 而英國當時大部的出版印刷器具的資本家都是行會的成員，藉由與政府合作，書商行會內部決定由誰專賣的行規得到法律上的認可與確保，而讓書商行會享有獨占地位的英國政府，則得以透過書商行會對出版進行有效而且管制成本低廉的控制。 事實上，在相當長的一段時間，這都是英國政府進行言論檢查的一個重要甚至是首要的手段。

不過，戰後台灣訴諸財產權的論述，包括心智勞力、 與強調作品是作者個性與獨特性的原創創作，卻與十八世紀 Blackstone 與 Hargrave 在論證何以著作是智慧財產時的說法，幾乎是如出一轍。 儘管創作取得主義的立法，延宕多時，但是，這種論述在台灣其實未曾受過嚴格的挑戰。 而在這種以個人專有排他權利為中心，而將公共園地排除在外的知識架構下，因為沒有人對公共園有「權利」，公共園地也就不會有被侵害的危險，從而不符合確認之訴「保護之必要」的要件。公共園地在智慧財產論述下，不僅是「荒地」，它還是法院不能去看見的存在，無人「所有」的園地。**公共園地不是孤兒，而是智慧財產論述的知識系譜讓它成為權利的孤兒。** 同樣地，當以成為公共園地的十年舊片被美方重新圈地，錄影帶業者的抵抗，如果要透過法律的語言，也只能訴諸安定性與國法尊嚴等

去權利化的論述，但是，其對手卻可以輕易的訴諸權利語言—個人權利的保護應從新從寬的法規適用原則。 這**反應的也是智慧財產論述下，公共園地因為不是專有排他權利，就被去權利化的不利處境**。

史尚寬在其 1954 年所著的《著作權法論》(此係戰後台灣第一本著作權法專論)中，將著作權法分為幾個三個歷史階段：「由特許時代而進入註冊時代，由註冊時代而進入於著作權因著作物之成立而成立無須註冊之**現**階段」，而其認為「我著作權法**尚停滯**於註冊要件主義」，有待改進。[96]蕭雄淋在 1980 年時，批評註冊審查制度的理由之一，也是其「理論上的**落伍**」，因為「世界各國著作權立法例，已由註冊主義進而為創作主義，而我國不應不顧世界潮流有所突破」。[97]
他們都是透過與歐美以及日本等國家的的智慧財產權制度的比較，以台灣註冊審查制度的「落伍」與「停滯」為由要求改革。這種落後的時間感，除了運用在註冊制度的批判上，在戰後台灣智慧財產法制討論，也隨處可見。 在下一章智慧財產與公共園地的的抵抗與認同之中，我們也可以看到這個落伍/先進、原始/文明、未開發/已開發的線性演化的時間感，對台灣回應智慧財產論述的態度有相當影響。

[96]史尚寬，《著作權法論》(台北：中央文物供應社，1954)，頁 58。
[97]蕭雄淋，<談著作權法的註冊審查制度>，《自立晚報》，1980 年 2 月 24 日，第 4 版。

第四章 抵抗中的認同、認同中的抵抗-- 戰後台灣對智慧財產論述的回應

前一章，我討論了戰後台灣，如何透過智慧財產論述的移植，廢除為人詬病的註冊審查制度。 這樣的論述策略，比起在戒嚴時期的台灣，直接主張言論自由，更容易說服政府。 但是，橫的移植的同時，台灣的論者並未對智慧財產論述有過挑戰。 幾乎是在不知不覺中，智慧財產論述以專有排他權利為中心的知識架構，即為國內的論者所接受。 因此，我們可以看到在以個人的專有排他權利為中心的私有財產下，公共園地無法在司法上被確認其存在，而國內的運動者也無法透過法律的權利語言，去抵抗美方將公共園地圈為私有的作法。 反而是公共園地的圈地者，可以主張過去因為著作權年限較新法為短而「落入」公共園地的作品，因為涉及人民權利，應採從新從寬原則予以保護。 在智慧財產論述之下，公共園地是不能被確認、而且沒有權利可言的他者。

其實，這種把公共園地擺在他者的位置，而將智慧財產與公共園地建立一成套的二元對應關係：文明/原始 、 進步/落後、開發/ 未開發、 繁榮/ 荒涼、 秩序/海盜，是智慧財產論述的根本特徵之一。 智慧財產往往被看成是文明、現代性、發展與繁榮的象徵，相反地，公共園地卻難以與這些意象相連結。而除了二元分立的對應關係外，兩者在智慧財產論述中還有時序關係：一種從公共園地到智慧財產的進化歷程。 我們在 Demsetz 所「描述」的拉布拉德半島美洲原住民狩獵地區的土地制度變化，正可以看到類似的作法。 因此，當知識的經濟價值提高，人類社會從工業經濟要邁向知識經濟，智慧財產的（擴大）保護似乎是必然的發展歷程。

不過，因為貿易利益的衝突，面對戰後美國要求台灣必須（擴大）保護智慧財產的要逼，台灣內部不乏抵抗的聲音。有趣的是，許多「抵抗」論述，其成立前提反而是「認同」智慧財產論述的二元對應關係---主張台灣還屬「落後」國家，因此「先進」國家如美國的法律，尚不適合台灣「國情」。在這種落後的時間感下，

公共園地雖然一時有其存在的必要，但並未受到認同。 本文將此種現象稱為**抵抗中的認同**。

另一方面，因為智慧財產論述本來就是一成套在特定歷史發展下暫時被穩固的論述形構，它的許多法理、制度、觀念、假設，彼此間存在著許多潛藏的矛盾與緊張。 因此，在逐漸熟悉西方智慧財產理論的台灣，也開始有論者，藉由主張智慧財產論述內的法理，以此為工具抵抗美國等西方中心國家所排定的議程。此處，我把這種策略，稱為**認同中的抵抗**。

戰後台灣繼受智慧財產法制發生的「抵抗中的認同」與「認同中的抵抗」，其實是在各個智慧財產的議題都能找到的現象。 但是，短短的一章，無力也不可能去就此歷程作完整的回顧。因此，本文主要針對西書翻印、電腦軟體這兩個案例來討論。西書翻印是一個戰後初期以迄八零年代，屢生風波的問題。從這個案，我們可以看到同樣是面對美國要求台灣落實智慧財產「法治」的要逼，從六零年代到八零年代，因為經濟起飛及文化自立的自我意識的提升，「抵抗中的認同」策略的變化。 特別的是，西書翻印的問題與論戰，正好可以與美國自己在十九世紀翻印英國人著作的論述，作一對照，從兩個案例的比較，我們亦可對智慧財產與法治、文明、進步、乃至建立本土文化的關聯作一省思。 而八零年代電腦軟體的爭議，除了同樣有「抵抗中的認同」的現象--認為知識經濟的發展必須要落實（擴大）智慧財產的保護，技術才會進步--，我們也可以看到論者以著作權法本身的法理，進行「認同中的抵抗」。另外，因為在這個智慧財產論述的二元對應關係下，傳統華人對待知識的態度，往往被認為是原始、 落後的觀念，在八零年代台灣智慧財產法制開始「現代化」後，我們也看到一些認為文化觀念也要改弦易轍的呼籲，本文也予以一併探討。

第一節 西書翻印與外國人著作

1878 年代表進步、發展以及西方工業文明普世性的萬國博覽會在法國巴黎盛大開幕，[1]法國大文豪 Hugo 受邀擔在開幕典禮上致詞，表示文學財產的保障不僅僅是作者的議題，也是普世人權與文明世界的表現。[2]Hugo 的看法並非他獨有，而是十九世紀相當常見的觀念，而這種想法也是智慧財產論述的結構之一。

著作權在智慧財產權論述鉤勒的二元對應下，是秩序、法治與躋身文明國家的象徵。但是著作權這種「普世人權」如果予以落實---保護外國人與外國出版商的著作權---對許多亟切想藉由翻印/譯著作輸入西方文明，擺脫落後地位的東亞國家而言，反而是「文明化」的阻礙。例如，日本在 1899 年要加入伯恩公約後，因為必須要對外國人予以會員國國民待遇的保護，而這又包括了翻譯權的保護，許多當時的學者與政治人物都擔心這會影響西洋知識的引介。[3]有趣的是，將外國人著作當作我們的公共園地，在過去十九世紀自視為文明國家的美國，並不特別焦慮自己會因此是原始的野蠻國家，反而是在追求現代性上有著落後的時間感的台灣，對此相當在意，因而，讓自己陷入了「文明輸入」與「文明象徵」的兩難。 事實上，戰後台灣不只在經濟上，文化上也相當依賴美國，因此，外國人著作權的問題都集中在美國人的著作，[4]而我們在下文，也可以看見過去「翻印」英國人著作的美國出版商，開始指責台灣出版商的「盜印」行為。不過，在進入台灣的討論前，因為美國人著作的著作權取得，牽涉到過去美國與大清帝國以及國民政府在中國簽訂的通商協定的內容解釋。 因此，以下我們會從清末民初的中國談起。

---

[1]有關 19 世紀西方國家舉辦萬國博覽會的分析，可參呂紹理，《展示台灣：權力、空間與殖民統治的形象表述》，（台北：麥田，2005），頁 68-73。

[2]See EVA HEMMUNGS WIRTÉN, NO TRESPASSING: AUTHORSHIP, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS,AND THE BOUNDARIES OF GLOBALIZATION 15-29 (2004).

[3]荻原有理，<"版權"與"著作權"兩個詞在日本的來龍去脈>，網址：http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf (（最後修改日 2006 年 4 月 29 日）)，頁 8（最後參訪日 2010/03/05）。 該文原載於《知識產權研究》第十七卷 （中國社會科學院知識產權中心編，中國方正出版社，2005）。

[4]戰前許多台灣知識份子，日文是他們吸收現代化知識的主要甚至唯一的語言，但是，戰後因為國民黨政府的去奴化政策，長期查禁日文書刊，而在 1985 年前，如前所述，台灣因為採取註冊審查制度，而依照《著作權審定委員規程》第八條，違反「違反著作權法、出版法、及其他法令者」不得核准註冊。 可能因為如此，所以文獻上也沒有特別看到日本人著作在台灣是不是可以註冊取得著作權保護的問題。

第一項 清末與戰前中國的中美通商條約：美國人著作的保護條件

第一款 中美續議通商行船條約的簽訂

清末民初的中國，將引介西書視為文明輸入、強兵富國的捷徑，例如以翻譯《天演論》、《原富》、《群己權界論》而對當時中國思潮有深遠影響的嚴復，就以為譯書有助於國人享「先知先覺」，並有「輸入文明之功利」。[5] 在這樣的背景下，大清帝國在八國聯軍之後和美國與日本進行的商約談判中，因為涉及到外國人著作與翻譯的相互保護，引起不少清廷大臣與知識份子的關切，反對在續議商約中加入著作權保護的條款。[6]

最後，由於大清帝國代表的爭取，在《中美續議通商行船條約》雖然約定雙方互予彼此人民著作權之保護，但中國政府僅需對美國人民「**專備**為中國人民所用之書籍、地圖、印件、鐫件者，或翻譯成華文之書籍係經美國人所著作或為美國人民之物業者」，援照保護商標之辦法與章程，[7]以註冊之日為始保護十年，並且「除以上所指明各書籍地圖等見不准照樣翻印外，其餘均不得享此版權之利益；又彼此言明不論美國人所著何項書籍、地圖，可聽華人任便自行翻譯華文刊印售賣」。不過，簽約之後，美國政府立刻後悔了，認為前述《中美續議通商行船條約》第十一款的內容殊為不利，要求修改，但遭到當時大清帝國代表慶親王的拒絕。[8]

第二款 中美友好通商航海條約的簽訂

《大清著作權律》就外國人著作的議題並未著墨，國民政府 1927 年由蔡元培所擬的著作權草案，亦復如此。 當時法制局對蔡元培所擬草案的審查意見為：對著作權人的適用範圍欠缺規定，沒有將外國人明文排除在著作權法的適用外，

---

[5]王栻主編，《嚴復集》第三冊 （中華書局:北京，1986 年版），頁 577-578。
[6]參李明山主編，《中國近代版權史》（河南大學出版社，2003），頁 78-97。
[7]粗體為本文所加。當時大清帝國尚未制定《大清著作權律》，但已有商標保護的立法。
[8]李明山主編，《中國近代版權史》（河南大學出版社，2003），頁 98。粗體為本文所加。

可能會讓外國人藉此要求與本國人享受同等待遇；審查意見又指出《中美續議通商條約》載有除非專為中國人民所備用之著作，中國並無依相關法律保護美國人著作的義務的條文，此種「限制外國人著作權之方針，現尚不容改變」，因此建議「於著作權法中特設一條明行規定外國人僅於條約中所明定之範圍內，得享有著作權，以袪除疑慮或為切要之舉」。[9]

隨後呈送的《修正著作權法草案》增列了第四條「外國人僅於條約所明定之範圍內得享有著作權」的規定。立法理由指出：「條約雖得為國內法淵源之一，而國內法界予外國人以較諸條約所明許者更為優厚之待遇，亦非法之所禁故」。[10]不過，這項條文，可能因為美方壓力，經過中央政治會議第一三九次會議的議定，在正式公布的著作權法中遭到刪除。 類似的意旨轉而在《著作權法施行細則》第十四條規定：「外國人有**專供**中國人應用之著作物時，得依本法申請註冊。」[11]1944 年《著作權法施行細則》修正時，本條內容並未修正，僅條次變更。

二戰結束，國民政府於 1946 年與美國簽訂《中華民國與美利堅和眾國友好通商航海條約》（以下簡稱中美友好通商航海條約），該條約第九條約定美國人的文學及藝術作品權利之享有，應依中華民國之有關法律予以有效保護，未經許可之翻印、銷售、散佈或使用，並應予禁止，並且予以有效之民事救濟。此外，該條約中亦有「國民待遇」之約定，謂：「...在不低於現在或將來所給予締約彼方之國民、法人及團體之條件下，應享有關於版權、專利權、商標、商號及其他文學、 藝術作品及工業品所有權之任何性質之一切權利及優例」。[12] 值得注意的是，在前述的中美雙方條約中，美國人的著作不再限於「專備為中國人民所用」才可以受到中華民國法律之保護，也沒有允許華人對美國人之著作「任便自行翻譯華文刊印販售」的文字。 該條約第 29 條並且言明，此《中美友好通商航海條約》將取代諸多過去大清帝國以及中華民國和美國所簽訂的條約，包括前述之《中美續議通商條約》。 但是，前述 1928 與 1944 年《著作權法施行細則》中，延續《中美續議通商條約》意旨所制定的「外國人有專供中國人應用之著作物時，得依本法呈請註冊」的條文並沒有隨之修正。

---

[9]國史館編審，《國民政府著作權法令史料》（台北縣新店市:國史館，2002），頁 36-37。
[10]同前註，頁 103。
[11]粗體為本文所加。
[12]中華民國與美利堅和眾國友好通商航海條約第 9 條。

第二項　在道德與法律之間--- 合法的翻印？非法的竊盜？

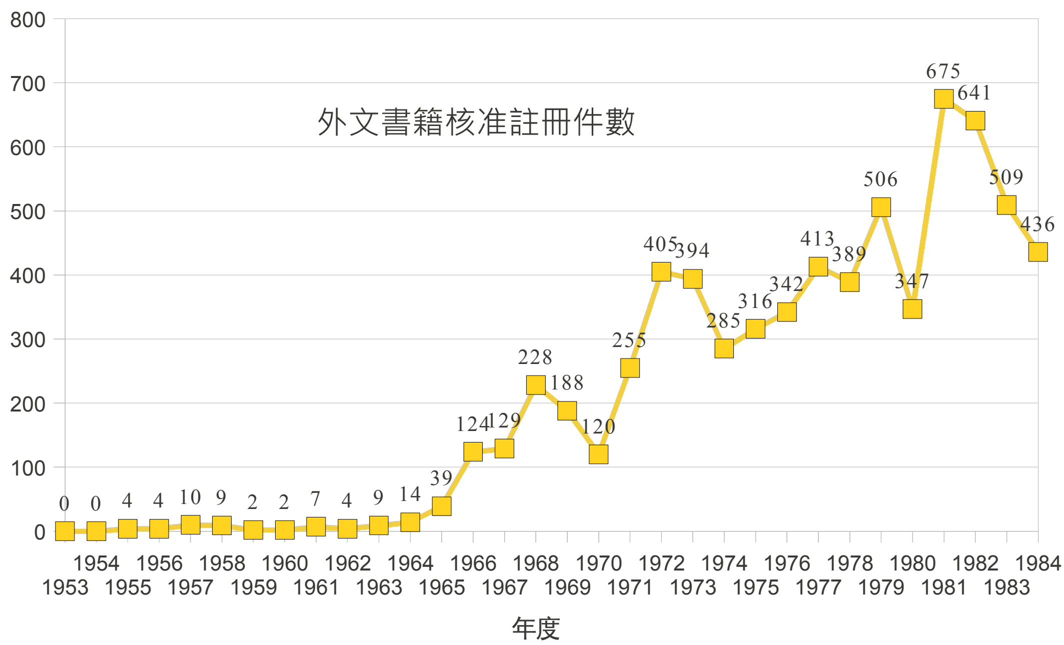
第一款　大英百科全書的翻印

中華民國政府搬遷來台後，著作權法沒有引起太多政府與美方的注意。不過從 1949 年開始，翻印英文書現象漸趨普及。 當時大部份大學生也已價格低廉的翻印西書作為主要學習的媒介。[13]五零年代中期，美國政府就已注意到這個現象，當時透過在台的大使館與國民黨政府部門連繫，得到的回應是，因為美國出版商沒有在台註冊取得著作權的書籍，他們沒有權利提起訴訟救濟，為此，美國政府在 1954 年末特別請「美國書籍出版協會」（American Book Publishers Council）研究台灣制度。[14]隔年，一直掛零的外文著作的著作權核准案，有了四件審查通過的註冊案件。1957 年，一些美國的出版商在台註冊了八本書籍，同時授權給台灣的東南書局；東南書局也採取包括登廣告警告使用其他「盜印」版本的學生和學校，並且揚言可能會採取法律行動。[15]

儘管內政部核准了這些書籍的註冊，不過，當時《著作權法施行細則》第十條，還是沿襲《中美續議通商行船條約》第十一款的意旨，規定「外國人有專供中國人應用之著作物時，得依本法呈起註冊」。換言之，這些註冊的外文書籍，除非真得是「專供中國人應用」，其是否可以依法註冊取得著作權，是有疑問的。不過，這個問題要到 1959 年的《大英百科全書》的翻印風波，才搬上檯面。1959 年文星書局的蕭孟能著手翻印原文的《大英百科全書》，二十四冊精裝本定價台幣兩千六百元，平裝本是兩千元，而當時二十四冊的大英百科全書在美國的售價精裝本是美金 375 美元，平裝本是 298 美元，換算成當時的台幣都要兩萬元以上。[16]不過，翻印版本的實際價格更低，因為市面上尚有東南書局的版本在競爭 。[17]競爭固然激烈，但該書銷路甚佳，各家書局合計可能已賣出三千餘套以上。[18]

---

[13]參楊維楨，<新著作權法與大學理工教育>，《中國論壇》，第 259 期（1986 年 7 月），頁 11
[14]David Kaser, Book Pirating in Taiwan 30-31 (1969).
[15]*Id.* 39.
[16] <美國大英百科全書版權 各界人士見解不同>，《中央日報》，1959 年 6 月 14 日，第 5 版
[17]See Kaser, *supra* note 31 at 42-43.
[18] <影印本廉價 售出三千部>，《中央日報》，1959 年 6 月 14 日，第 5 版。



表二： 1953-1984 台灣外文書籍核准註冊件數　製表者：黃泰然

資料來源：《著作權法之立法檢討》

這次《大英百科全書》的翻印引起美國出版商的高度關切，委託李澤明律師在台灣登記註冊大英百科全書，並且揚言一旦手續完成，將對盜印商提起訴訟 。[19]本案也引起了台灣輿論的關注，除了有認為大英百科全書「誤指」外蒙古為獨立國家、吸食鴉片為中國風俗，以及有關毛「匪」澤東的說明不正確，[20]過去美國人「非專供」中國人應用之著作，是否可以依法註冊的問題也受到關注。

在內政部審查是否應核准美商《大英百科全書》之註冊案時，聯合報的立場是「就法論法」，翻印並沒有違法，「法律與直覺的是非應該分開」，因為照「『法無明文禁止者』不罰的原則」，影印西書的不問是否曾獲作者同意，都說不上是違法，聯合報也特別提到當時《著作權法施行細則》的規定，指出只有專供中國人之著作，且亦保護本國人著作之國家的作品，才可以依法取得著作權，因此「就法論法，斷不能無端的自己向鼻子上塗墨，而自甘承受『盜印』的罪名」。[21]

[19] <李澤明律師 接受委託 辦理登記>，《中央日報》，1959 年 6 月 14 日，第 5 版。
[20] 參<影印本廉價 售出三千部>，《中央日報》，1959 年 6 月 14 日，第 5 版。
[21] 社論，<譯印西書問題總得妥善解決>，《聯合報》，1959 年 6 月 26 日，第 2 版。

事件的主角，當時文星書局的負責人蕭孟能，也認為他的行為係「依據法律」並無違法，因為「我國法律規定專為中國人應用之著作物，才得生請登記著作權，而已出版二十年尚未登記者，不得聲請登記，[22]因此大英百科全書已不能享受我國著作權法的保障。」[23]從蕭孟能的辯駁，我們甚至可以嗅到他暗批如果內政部准許《大英百科全書》的註冊，才是真正的「違法」行為。

不過，可能因為美國政府的壓力，稍晚，內政部在與外交部、 教育部、法務部召開會議討論該案後，核可了註冊案，僅表示之後印行的版本，都必須刪除現行版本中不適當的內容。[24] 在大英百科全書註冊核可後的兩個月後，內政部修正了《著作權法施行細則》，將原本第十條規定的「外國人有專供中國人應用之著作物時，得依本法呈起註冊」改為「外國人著作物如無違反中國法令情事，其權利人得依本法申請註冊」。[25]

有趣的是，中國學者辛廣傳評論此事，認為台灣內政部准許《大英百科全書》的註冊「於法無據」，而後來修正施行細則的行為是「以此來『追認』前述違法行為的合法性。」[26]不過，對於一些台灣國內贊成嚴禁的論者而言，竊盜才是違法的行為，而不是內政部准與註冊的舉措，此待後述

雖然內政部修改了施行細則，讓美國人的著作可以申請註冊，但美國出版商對註冊後是否可以在台灣獲有效的司法救濟，仍然相當懷疑，可能是因為這個原因，所以一直等到台灣大學附近的「大學書城」的唐姓負責人，因為翻印業已註冊的《科學與科技百科全書》（Encyclopedia of Science and Technology），被判決有罪確定後，[27]1964 年到 1966 年外國人註冊圖書，才從原本的幾乎都是個位數字的數目，在 1964 上升到 14 件，1965 年與 1966 年更分別倍增至 39 件和

[22]此指 1944 年的著作權法施行細則的規定：「凡著作物未經註冊而已通行二十年以上者，不得依本法聲請註冊。」

[23] <書商翻印依據法律>，《中央日報》，1959 年 6 月 14 日，第 5 版。。

[24] 參<大英全書審畢 地圖若干錯誤 匪政權部分應刪除>，《聯合報》，1959 年 9 月 3 日，第 3 版。

[25] 另同條第二項規定：「前項外國人以其本國承認中國人民在該國享有著作權者為限，依本條規定註冊之外文書籍，其著作權之保護，不包括翻譯同意權。」

[26]辛廣傳，《台灣出版史》，（石家莊：河北教育出版社，2000），頁 64。

[27]See Kaser, *supra* note 14 at 97-98.

124 件。

第二款 西書輸出的爭議

其實，台灣從五零開始出現的西書翻印，讓美國出版商與美國政府最在意的，還不是這些「盜印」的書籍在台的銷售，而是不少的翻印書籍已輸出到東南亞、甚至回流美國本土，頗有烈火燎原之勢。[28]在美國出版商的反應下，美國政府揚言此一問題若未獲改善，會考慮終止「共同安全法案」(Mutual Security Act) 下的對華援助，以及台灣購買美國資訊相關資源時的優惠。[29]美國海關也開始進行查緝的工作，扣押這些書籍。[30]台灣政府為了向美方表示有改善問題的誠意，差不多同一時間，也在海關開始管制翻印西書的出口。1963 年時行政院更發佈一行政命令：不僅取消留學生及僑生攜帶自用翻印外文書籍出口之規定，且更不問數額多寡，皆以《懲治走私條例》「法辦」外文書籍與翻製唱片的私運出境。[31]

對於政府禁止翻印書籍的外銷的管制，聯合報是認同的，但其仍然堅持翻印未註冊之西書一事並未違法的堅持。強調未經註冊獲准的西書的翻印，在「過去現在和將來，依法固不構成『盜印』的違法事件」，若在「國境內」低價銷售，更是通流文化，嘉惠士林的功德一件。[32] 但是，依此邏輯，未違法的書籍---西書書商的合法財產--為何聯合報也認為要管制其輸出呢？ 就此，聯合報的看法此種在美國本土市場與原本著作權人爭利的行為，「於法縱無不合，於情則殊乖謬」，會引起美國人反感，也不符合原本輸入西洋新知的目的。[33]類似的立場，聯合報在數年後西書翻印輸出風波又起時，再次重申。[34]

---

[28]例如，因為注意到台灣的「海盜問題」，到台灣進行研究的美國學者 Kaser，便指出到了 1959 年中，台灣的「海盜行為已經擴展到公海之上，大量非法的國際走私書籍已經銷向世界的書市，新加坡、曼谷、印度都可以看到台灣的翻印本」，而美國本土也已淪陷---愛荷華州的一所大學赫然發現台灣淡江書籍的型錄，而且銷售甚佳，麻省理工學院、普林斯敦大學、威斯康辛大學、科羅拉多利州立大學也陸續發現台灣的翻印書籍。See Kaser, *supra* note 14 at 51, 53-56.

[29]*Id*. at 65-69.

[30]See *Id.* at 73-75.

[31]行政院 52 年 11 月 6 日台(52)內字第 7418 號令。

[32]社論，<翻印西書問題的法與情>，《聯合報》，1960 年 4 月 10 日，第 2 版。

[33]同前註。

[34] 社論，<西書走私問題不容忽視>，《聯合報》，1964 年 6 月 13 日，第 2 版。

但是，這種認為翻印未註冊西書是「合法行為」的說辭，並且認為外銷僅是因為「情理」才需要禁止者，台灣也有人認為大謬不然。他們以為不論輸出或內銷與否皆應一律禁絕，因為竊盜並非僅是聯合報所謂的書商的不道德行為，其本質上就是非法的，沒有所謂「合法的竊盜」這回事。《政治評論》1964 年 6 月 25 日的社論便批評聯合報的看法，認為「『盜取財物』，不論中國外國，都是非法的，盜取本國人的財物固是犯法，盜取外國人財物同樣犯法」，不能以未參加國際著作權公約為由，為盜印集團開脫罪責，蓋「未有國家不懲治竊盜者.......法律本於正義和公理，沒有不懲治盜竊之理。」[35]1964 年 6 月 29 日台北英文中國日報（China News）的社論也認為「盜印是剝奪作家及著作權人財產」，是一種「知識犯罪」，以「我們的學生窮得買不起外國原版書，所以必須准許翻印」為由，「就跟窮學生可以搶劫富有的外國學生，是一樣的荒謬」。[36]

這場西書翻印的合法/非法的爭論，在 1965 年之後暫時平息了，但是翻印西書的現象在台灣並沒有消失，而西書出口亦時有所聞。[37]不過，到了八零年代，因為美國開始視智慧財產產業為其未來維繫世界經濟中心地位的關鍵，外國人著作是否可以合法翻印的爭論，又起風波。

第三款 美國人著作的國民待遇保護

1984 年著作權法修正時送立法院審議的行政院草案，本國人著作的部份為創作保護主義，註冊並非權利保護的要件，但是，外國人的著作行政院院會則決定採用乙案，亦及仍以經過審查註冊為著作權取得要件。[38] 立法的過程雖有一些爭議（此詳待後述），但多數委員表示認同。因此，即使稍早之前，即有學者認為外國人著作仍須註冊始取得著作權的規定，在法理上並不適妥，因為「著作

[35] 參協中，<國內各界對於翻印西書問題的看法>，《出版界》，1965 年 5 月 20 日，頁 23。此文係各界議論文章的轉載。原文出處為《政治評論》，第 12 卷第 8 期（1964 年 6 月）。
[36]同前註，頁 24。
[37]例如，<政府嚴禁非法翻印西書出口 內政部昨開研討會 擬設獎金鼓勵檢舉>，《經濟日報》，1970 年 12 月 22 日，第 2 版。
[38]<外人在我境內著作權 將採註冊保護主義 政院昨審查通過修正著作權法>，《中央日報》，1983 年 6 月 17 日，第 2 版

一經完成，其權利即屬存在，無待於國家法律之認定而後成立」，[39]但法案仍然順利通過。

自 1955 年開始，美國人即有在台註冊書籍的案件，1959 年著作權法細則修正後，法律上「專供」與否的疑慮也不存在，而 1964 年後，美國出版商在台註冊的圖書，因有獲得法律救濟的先例，因此在兩三年間件數有倍數的成長。 此後，除了 1970 年、1974 年與 1980 年註冊數目反而較前一年遠低之外（後兩者應與石油危機有關），在 1981 年前大體呈現穩定成長的趨勢。 雖然如此，註冊的圖書的一年最多也不過 675 筆（1981 年），而且還必須繳交註冊費用。 在此同時，美國對智慧財產的態度亦更趨強硬。70 年代美國對外貿易赤字持續擴大，對台更有龐大的貿易逆差，而自 80 年代開始，雷根政府一方面轉向保護主義，一方面也亟力對外輸出美國之產品。其中，依賴於智慧財產制度的資訊、文化、製藥產業更成功地響美國政策，使得智慧財產成為美國與其他國家進行貿易談判時，非常關切的議題。[40] 因此，前述新修正的台灣著作權法中，外國人著作要註冊審查，但本國人在著作完成後即可取得著作權的雙重標準，馬上引起了美方的不滿。新修正的《著作權法》施行不久後，台美的智慧財產權諮商會議開始在台北舉行。 談判開始不久，在雷根政府表示可能取消對台的優惠關稅，以及有可能予以貿易報復的威脅下，法務部在 1986 年二月即函轉內政部一月底之令函於各級檢查處，令函內容為：

> 美國著作權人享有與我國國民同等之國民待遇，則其著作依著作權法第四條之規定，除該法另有規定外，其著作人於著作完成時享有著作權，排除同法第十七條外國人註冊主義之適用。[41]

該函的根據是 1985 年本國人已採用創作保護主義，而因為《中美友好通商航海條約》第九條已有「締約此方...在不低於現在或將來所給予締約彼方之國民、

[39]徐火明，<解開保護著作權的幾個難題>，《聯合報》，1985 年 1 月 20 日，第 2 版。
[40]See generally MICHAEL P RYAN, KNOWLEDGE DIPLOMACY: GLOBAL COMPETITION AND THE POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY 67-89 (1998).
[41]內政部 75 年 1 月 31 日台(75)內著字第 368451 號函。

法人及團體之條件下，應享有關於版權、專利權、商 標、商號及其他文學、藝術作品及工業品所有權之任何性質之一切權利及優例」的**國民待遇約定**，所以美國著作權人不必同其他外國人一樣適用註冊主義。[42]

其實，類似的說法早在六零年代時就出現過了。當時因為《大英百科全書》的翻印事件，政府開始了一連串查緝的動作，台北市警察局甚且通令翻印西書書商填寫資料備查。 當時的內政部警政司長黃佑為了正當化此一行為，即曾表示：「中國雖然沒有加入國際版權協會，但是，根據中美通商航海條約第九條的規定，中國有義務保障美國廠商在華的利益，出版商自然也包括在內」。[43]內政部甚至擬定的《取締翻(影)印出版品辦法》的草案，但因為當時的業者與出版界的強烈反對，而無疾而終。[44]不過，時移事往，今日美國的立場更為堅定，而輿論也不像六零年代比較偏向西書業者，因此同樣的說法，卻又了不同結果。

前述內政部的函令馬上震憾了台灣的西書出版市場，業者紛紛向有關單位陳情。[45]但是，政府似乎未有改弦易轍的意向，立場相當堅定，當時的教育部長李煥表示雖然對美國人著作採取創作取得原則，可能使西文書籍價格提高，學生負擔會加重，但是他強調：

> 不是實施著作權法後使我們受到影響，而是著作權法實施
> **以前**我們是**違法的**，今後不應再延續這一違法的行為。[46]

值得注意的是，如果依照李煥的說法，翻印西書在實施創作取得主義的著作權法施行前就違法，很顯然其理由不在於國民待遇的問題，而是訴諸翻印西

---

[42]參司法院 75 年 2 月 25 日(75)院台廳一字第 01986 號函。台灣高等法院 79 年度上更(一)字第 128 號民事判決的結論上，基本上採取了與內政部相同的立場，有關該案此部份的介紹與討論，可參蕭雄淋，<大英百科全書官司攻防戰(七)--最高法院發回後有關中美條約適用的爭執(上)>，《律師通訊》，160 期（1993 年 1 月），頁 50-57；蕭雄淋，<大英百科全書官司攻防戰(七)--最高法院發回後有關中美適用的爭執(下)>，《律師通訊》，161 期（1993 年 2 月），頁 53-59。

[43] <對翻印外文書商 政府將採取較嚴厲之措施>，《聯合報》，1960 年 4 月 4 日，第 2 版。

[44]參辛廣傳，《台灣出版史》，頁 64。

[45]參<翻印西書設限 業者昨提陳情>，《聯合報》，1986 年 4 月 4 日，第 2 版。

[46]<我對美著作採創作保護主義 強烈震撼國內西書出版市場 多數業者停印停銷 大學教材供需失調>，《聯合報》，1986 年 4 月 8 日，第 2 版。粗體為本文所加。

書**本來就是**「竊盜」行為。部份大學的主事者也附和李煥的說法，例如台北醫學院教務長陳定堯便認為，每一個法治國家都應該尊重著作權，過去的違法行為不應該再延續。[47]

雖然前述函令的解釋的正確性，以及教育部長李煥的說法沒有受到當時西書業者強烈質疑，許多業者紛紛停銷停印。 但是，法律界卻有不少質疑的聲音。 例如，楊崇森便認為李煥的說法與法不符，而內政部的解釋，雖可緩和美國對我貿易談判所施之壓力，但法理上是否妥當，仍值得考慮，「因為上開中美友好通商航海條約第九條有關兩國互相保護對方智慧財產權的規定，文義頗為籠統，若不以法律條文加以補充，而逕由執法機關據以執行，是很冒險的」。[48] 由尤英夫所創辦的《生活雜誌》的社論也認為內政部此一通函是「自毀國法尊嚴，毫無足取」，蓋此通函的主要根據是 1985 年對本國人採用創作取得主義的《著作權法》以及 1946 年的《中美友好通商航海條約》，但後者在中美斷交後是否仍有效力，法理上不無疑問。生活雜誌即認為在中美斷交後，美國有另外訂立「台灣關係法」 使過去以中華民國名義與美國訂立的條約或協定繼續有效，但是台灣並沒有對應的「美國關係法」，而只有外交部的一紙公函承認通商條約對我國仍繼續有效，因此，《中美友好通商航海條約》對中華民國是否仍有效力，是有疑問的。[49]

但是，在貿易報復的陰影下，行政部門並無改弦易轍的動向。西書業者也紛紛停銷停印，很快地走入歷史的暗巷。[50]

[47]陳定堯，<亟應全面建立編譯制度>，《今日生活》第 237 期 1986 年 6 月，頁 23。該文係當期《今日生活》的<專題探討：西書禁止翻印問題>系列的採訪之一。
[48]楊崇森，<爭取主動權---從法理觀點看著作權>，《中國時報》1986 年 4 月 22 日，第 8 版。
[49]社論，<國家權利 不可睡覺--論美國人著作權應否註冊>《生活雜誌》第 23 期 1986 年 4 月，頁 5。
[50]當然大型翻印西書的業者已經不存在，但爾後許多影印店仍然接受影印西書的生意。

第三項　在原始與現代之間--- 文化、著作權與開發中國家

第一款　六零年代西書翻印的文化論戰

當六零年代《大英百科全書》的翻印在台美間引起波瀾之後，時任行政院新聞局駐紐約辦事處主任的陸以正，曾在 1964 年美國出版的 Publisher's Weekly 為台灣業者辯護。 他認為美方出版商應該要諒解台灣業者的行為，因為雙方的文化觀念並不相同：中國人崇拜知識，認為知識是大眾所公有的，印書主要的目的在傳播知識與流名後世，而非是一個營利的事業---「在古代中國是著作權為私有財產的觀念根本不存在」，因此，華人「接受著作權的觀念，**固為不可避免**之事，但這種移植來的制度落地生根，卻頗需時日」。[51] 不過，曾經來台註冊教科書並提起訴訟的美商 McGraw Hill 的執行長 Benjamin 在與陸以正一同刊出的駁覆中，認為陸以正「傳統文化」的理由根本偏離主題，因為依照這種邏輯，「人們大可以以中國幾世紀來即有**賣女兒**為他人奴婢的**傳統**為藉口，要求對發生在台北的人口販賣行為，應該加以原諒」。[52]對美商而言，竊盜他人智慧財產以及賣女為婢，都是「原始」的中國傳統文化，而這種野蠻與不文明的行為，是一刻皆不能姑息的。

這種任意翻印他人著作，不尊重他人智慧財產的行為，不僅美商認為是文化落後的表現，台灣不少人也有這樣的自我認知。 因此，在論及西書翻印的輸出美國的問題時，聯合報《黑白集》的短評便批評西書業者這種貪圖末利，向外國輸出翻印書籍的行徑，「只是顯示我國出版事業乃至文化生活，尚未及於國際水準」，中華民國還因此「蓋上一個**『文化落後』**的烙印」。[53] 聯合報的態度顯然認為翻印西書乃羞恥之事，偷偷摸摸在家裡做也就是了。 因此，在另一篇聯合報的評論中，我們也可以看到其認為翻印西書不必大力取締，「只要這些翻版書不

[51] I-Cheng Loh & Benjamin Curtis, Chinese Reprinters And World Copyright Practice -- Copyright : A Chinese View and a U.S Publisher's Reply, 185 Publisher's Weekly 22,24 (May 30, 1964) 粗體為本文所加。

[52] *Id.* at 23. 粗體為本文所加。

[53] 黑白集，<可恥的輸出>，《聯合報》，1962 年 5 月 9 日，第 3 版。粗體為本文所加。

流到外國去出洋相就夠了」的說法。[54]

我們知道美國過去在十九世紀就曾當過「海盜」，而且《大英百科全書》也在「翻印」之列，因此，陸以正在為台灣業者辯護時，也特別花了相當篇幅，指出過去美國自己也在「翻印」《大英百科全書》，似乎今日沒有指責他人的立場。[55]對此，Benjamin 的回應是：「為了讓論證可以更快進入實質議題」，他必須忽略陸以正這個完全不相干的指控，因為「美國出版商在十九世紀是惡名昭彰的書籍海盜的事實，固然無可否認，但那是發生在與今日國際情勢窘不相同的過去」，況且，「無論如何，我們那時的錯誤行為，是不能作為正當化現在的另一錯誤行為。任何時候，兩個錯誤行為相加，不會因此為正。」[56] 其實，台灣之於美國，與十八、十九世紀的美國之於英國，兩者的情境頗為相似，都是在知識與文化上有不對等的依賴關係，所謂「國際情勢窘不相同」，只在於美國當時已是最大文化輸出國，而不再是過去那個尋求知識與文化自立的國家而已。

值得注意的是，我們可以看到前述陸以正在論及著作作為私有財產的文化觀念時，認為台灣人接受此概念係「不可避免」，只是「頗費時日」。同樣的態度，也可以在前述聯合報的短評中看到，其認為允許翻印僅是一個文化上的「冬令的『及時進補』」，爾後仍需參加國際著作權協定，在國際文化交流上履行同樣義務，享受同等權利。[57] 這類說法，其實都假定了台灣讓外國人的作品成為公共園地，只是作為開發中國家的的「權宜之計」。也因為不少人都認為一國的經濟與文化發展，與智慧財產的保護程度有對應關係，我們可以發現到了八零年代台灣經濟起飛後，雖然仍有人以為台灣是開發中國家，不宜過度保護外國人的著作，但已有論者因為自覺台灣是「已開發」國家，或者自我意識到台灣必須「成為」文化與經濟的已開發國家，而認為智慧財產的保護，是台灣無可迴避而且應該加緊腳步跟上的行列。

---

[54]陶有志，<美國歷史上的翻印大英百科全書案>，《聯合報》，1960 年 4 月 24 日，第 3 版。
[55]Loh & Curtis, *supra* note 51 at 22,24. 類似的揭露策略，也可在其他台灣論者的文字中看到，例如，陶有志，<美國歷史上的翻印大英百科全書案>，《聯合報》，1960 年 4 月 24 日，第 3 版。另外，到了 1979 年，因為已註冊大英百科全書的美商項向內政部，行政院為了避免「損及國際睦誼」，也要求包括司法院行政部等相關機關嚴加處理，其時李敖也有類似意旨的文字。 李敖，《海盜萬歲》，(台北：遠流，1986)，頁 103-109。該文原載於《中國時報》1979 年 10 月 19 日。
[56]Loh & Curtis ,*Id.* at 23.
[57]黑白集，<可恥的輸出>，《聯合報》，1962 年 5 月 9 日，第 3 版。

第二款 開發中國家的外國人著作保護

1985 年送立法院審議的行政院版本的著作權法修正案，本國人著作的部份為創作保護主義，註冊並非權利保護的要件，而外國人的著作，因為行政院院會則決定採用乙案，仍以經過審查註冊為著作權取得要件。[58] 在立院審議的過程，中國時報表示贊成這樣的修正方向：「我們是一個開發中的國家，尤其學術文化方面更為落後，需要大量的吸收引進」，因此外人著作權不宜和本國人一樣都適用創作取得的規定，差別待遇是有必要的，蓋「開發中國家與開發國家之間的學術文化，是無法平等的」。[59]

立法過程中，儘管有立委有不同看法，但多數的立委並沒有要改弦易轍，對外(美)國人著作採取創作取得主義的打算。不過，如前一款所述，後來因為美國的壓力，內政部轉而從《中美友好通商航海條約》第九條國民待遇的約定，認為美國著作人其著作亦於完成時即取得著作權。而因為談判地位的改變，原本相對容易取得在地翻印授權的西書（而且確實有些圖書業者取得美商的授權後才在台出版），因為美商態度轉而強硬，著作權人協會原本想要集結台北西書翻印業者集體取得較優惠授權的努力，眼見就要破局。 因此，在九月大學的新學期開始之後，聯合報寫了一篇社論，希望美國出版商能夠考量台灣出版業者與消費者的感受。 其理由與二十年陸以正為大英百科全書翻印辯誣的說法，可謂如出一轍。一方面表示美商必須考量華人並不把知識當成物質收益的來源，而是以之傳道解惑的文化傳統，希望美商可以降低授權費用；一方面，又承認此種觀念的不可避免性，認為「智慧財，是人類財產之一，是一項應受保護的天賦人權之一」，因此國外出版品在我國受保護固無可懷疑，但是在華人「這種價值觀**尚未**自我們觀念中**完全消失**之前」，美國出版商應該要考量台灣的文化差異。[60]

---

[58]<外人在我境內著作權 將採註冊保護主義 政院昨審查通過修正著作權法>《中央日報》，1983 年 6 月 17 日，第 2 版

[59]社論，<審慎審查著作權法>《中國時報》，1984 年 10 月 24 日，第 2 版。

[60]社論，<「西書之戰」問題的省思>，《聯合報》，1986 年 9 月 2 日，第 2 版。粗體為本文所加。

另一方面，中興大學法律系教授楊崇森也認為美國著作人享有「國民待遇」的說法，除了在法理上有爭議外，內政部此番解釋也頗為冒進，因為「我國**還是**發展中國家，對先進國家尤其美國資訊之吸收相當依賴」，如對美國人的著作採創作主義，對台灣的科技進步、文化發展、學術研究、乃至娛樂生活，必然產生莫大的不便。[61]

但是，如果六零年代說台灣是「開發中國家」甚至「未開發國家」，不會引起太多的爭議。 在八零年代台灣經濟起飛，累積不少外匯存底後，不少人對台灣的自我認知已經開始轉變，是否應該換軌到智慧財產論述二元分立的另一組關係之中，已經有了不同的聲音。 其實，在立法院審議的過程中，已有委員質疑外國人著作仍須註冊，而本國人著作卻採創作取得主義，並不否妥當。 江鵬堅就認為「我們的國民所得已達三千美元，如繼續盜錄別人的東西，人家的觀感會比過去更惡劣。 因過去大家認為台灣是開發中國家，盜印著作或許尚可諒解，現在在盜印人家的東西，國際上的觀感就會一百八十度轉變....」[62]不過，大部份的委員仍然贊成內政部的原案，外國人著作在沒有太大爭議下，仍須以註冊作為取得著作權的要件。

「未開發國家」（undeveloped）、「開發中國家」（developing）、和「已開發國家」（developed）是「發展理論」的學者對全球國家所作的三個階段分類，因為該理論強調「未開發國家」對「已開發國家」的民主資本體系和資訊的「依賴」，因此有些論者批評該理論往往將殖民與被殖民的統治關係合法化，而成為「殖民主義」的共犯。[63] 戰後台灣無論在學術與一般文化上，都高度依賴美國作為資訊的來源。但是，在八零年代後半開始，隨著反對運動對抗「外來政權」與民主化的訴求，在文學、藝術、電影等領域都出現了本土化的浪潮和論戰。對於一些論者而言，前述讓美國人的著作繼續留在公共園地，不想要以同樣標準來保護美國人智慧財產的作法，反而是台灣在文化與學術上追求自立與本土化的阻礙。

---

[61]楊崇森，<爭取主動權---從法理觀點看著作權>，《中國時報》，1986 年 4 月 22 日，第 8 版。粗體為本文所加。

[62]立法院公報，第 73 卷，第 103 期，委員會紀錄 ，頁 150-151。粗體為本文所加。另外，黃主文認為擔心如果對外國人著作採取註冊保護主義，而本國人採取創作保護主義，可能會外國認為不公平，而對國家形象有所影響。立法院公報，第 74 卷，第 1 期，委員會紀錄 ，頁 5。

[63]參廖炳惠編著，《關鍵詞 200 ：文學與批評研究的通用辭彙編》，（台北：麥田，2003），頁 76-77。

在這樣的脈絡下，保護美國人的智慧財產，就變成了擺脫依賴的作法。 台大法律系的教授賀德芬便認為台灣長期以來對西方的仰賴，不但使我們**固有的本土文化凋零，喪失了獨立自主的性格**，而且創新能力也隨之萎縮，這些現象都「充份地顯現出邊陲文化的特質」，因此「一旦要**割斷臍帶，拿掉奶瓶**」，保護美國人的著作，難免會有激烈的反應，但是她認為這「正是我們排除依賴心理，謀求本土文化發展的最好時刻」，蓋美國人著作享有著作權後，西書價格勢必上漲，而這「讓本國著作可以居於更公平、更有利的競爭地位，也是激勵國人創新的能力，是促使文化升級，擺脫依賴的不二法門。」[64] 此外，當時的教育部次長阮大年在接受訪問時，雖然承認不能翻印西書對大學教育一時會造成相當衝擊，但是，因為可以督促國內學術界編寫自己的教科書，所以，「往樂觀面來看，這也許是一個各方面都需要學會自立更生，幫助學術往本土化發展的關鍵時刻」，換言之，對阮大年而言，保護美國人智慧財產，是一個台灣「學術升級」的契機。[65]不僅是學術界與官員有這樣的看法，曾多次撰寫著作權相關文章，並發表於報刊的作家吳心柳，也贊成對美國人著作以創作主義保護，因為「過去三四十年來我們享用過無數的廉價翻版書與唱片，但我們對西方文化、知識依賴關係已經變成嬰兒與奶瓶的關係」，蓋「保護外人權益猶屬小事，對我們本身的文化發展關係重大」。[66]

賀德芬認為美國人著作享有著作權後，西書價格勢必上漲，而這讓本國著作可以居於更公平、更有利的競爭地位的說法，與美國十九世紀的 Putnam 和 Mark Twain 支持國際著作權保護的理由如出一轍。 他/她們都同樣擔心公共園地便宜的著作，只會加深既有的依賴關係，而無法建立自己的文化。對 Lowell 而言，不保護外國人的著作，讓狂野老鷹無法展翅高飛，而對賀德芬與吳心柳來講，則是讓嬰兒無法斷奶。不過，Putnam 除了前述的說法之外，他也強調美國作家可能會因此流失英國的海外市場，而如前所述，這在 Stowe 女士於 1852 年出版的《湯姆叔叔的小屋》，在英國第一年就賣出 20 萬本，數年內在英國的流通量達 150 萬本後，卻幾乎都是沒有取得授權的「盜印本」後，變成了相當容易令

[64]賀德芬，<停止盜印 掌握文化升級契機>，《聯合報》，1986 年 4 月 11 日，第 2 版。粗體為本文所加。類似的看法可參，賀德芬，<文化升級此其時矣>，《今日生活》，第 237 期（1986 年 6 月），頁 25-28。該文係當期《今日生活》的<專題探討：西書禁止翻印問題>系列的文章之一。
[65]呂學海，<學術升級的挑戰----訪教育部次長阮大年談西書翻印>，《中國時報》，1986 年 4 月 22 日，第 8 版。粗體為本文所加。
[66]吳心柳，<不重視著作權 新文化就不能生根>，《聯合報》，1986 年 5 月 19 日，第 8 版。，

人接受的說法。 但是，與此相反的是，我們幾乎看不到台灣的論者，在強調國際著作權保護的必要性時，主張這會讓台灣作家喪失美國的海外市場。 其實，這也顯示了台灣之於美國、相較於過去的美國之於英國，在依賴關係上的差異。美國人根本不需要閱讀台灣人的著作，但是英國人卻會閱讀美國人的著作（如今更是如此，且還包括電影、音樂等其他著作），互惠的國民待遇，看似 「平等」，但是美國因此獲得的經濟利益，其實遠高於台灣。

除了認為外國人著作因為著作權保護的價格上漲，使得本國的著作可以在價格上有競爭優勢外，前述台灣論者另一個認為外國人著作應享有著作權的假設是，認為著作權的保護程度與文化發展的階段有對應的因果關係。 吳心柳便認為重視與尊重著作權，才能讓新文化生根而有助於「文化的發展與進步（cultural development and progress）」，因為一個連著作權都不能尊重、保護的國家，其「社會**原始性未泯**.....必然不會擁有屬於他們自己的**現代**文化」。[67] 值得注意的是，吳心柳把不保護與尊重外國人著作與「原始性」相聯結，但是，美國人在十九世紀，雖然翻印外國人的著作，卻從來不覺得「已經是」文明國家一員的自己，會因此是「原始」國家，從這裡，我們可以看出與美國相較，台灣其實還有著追求「現代」文化的焦慮與落後的時間感。 而追求這種「現代性」，對許多人而言，智慧財產的（擴大）保護其實正是配套措施之一。 在由賀德芬所撰，一篇名為《文化創新與法制化—著作權法的**現代**意義》的論文，她就援引時任「國際智慧財產權組織」 (World Intellectual Property Office, WIPO)總主席 Arpad Bogsch 的談話作為該文的結論：

> 國家文化遺產的豐富與否，直接仰賴於就文學藝術作品保護的水準。 **保護水準愈高者，**愈能鼓勵創作，國家內創新也因之愈多，聲譽愈高，而使產品更豐盛。 從而使書籍、錄製和娛樂業更發達。由此推論，鼓勵知識創新實在是社會、經濟、文化發展的**先決條件**。[68]

---

[67]同前註。括弧內英文為原作者的用語。粗體為本文所加

[68]賀德芬，<文化創新與法制化—著作權法的現代意義>，收錄於《文化創新與商業契機：著作權法論文集》(台北：月旦，1994)，頁 42-43。該文原刊於《台大社會科學論叢》第 34 輯，1986 年。標題與引文之粗體為本文所加

我們可以發現，對賀德芬而言，她相當認同智慧財產論述的二元對應命題，對她而言，這也是台灣要成為**現代國家**、讓社會、經濟、文化得以發展與自立，並且擺脫依賴的**先決條件**。 其實，在八零年代，類似的看法不僅出現在外國人著作的保護，也表現在正待發展資訊工業的台灣的電腦軟體保護的爭議之中。電腦軟體究竟應該是留在公共園地、還是以智慧財產(特別是著作權的方式)來保護，才對台灣的資訊產業的發展最為有利呢？

第二節　經濟發展與電腦軟體的著作權保護

第一項 資訊科技產業的貿易戰爭

蘋果二號電腦於 1977 年問世，這是第一台在各方面性能上都適於一般大眾的消費需求的「個人電腦」。當此之時，台灣在經過十多年出口導向的發展後，不僅面對歐美國家的能源危機，其本身的工業發展也因為工資的上揚，不得不面臨著在國際分工下原本產業政策的根本癥結；而此時的資訊科技工業，如同卞中佩所言，在國民黨政府的規劃中，擔負了促進經濟發展與產業升級的「想像與責任」。[69] 事實上，資訊工業若能持續帶動經濟成長，營造另一次的「台灣奇蹟」，對要在台美斷交後維持其統治正當性的國民黨亦有相當意義。國民黨政府此時諸多政策也都指向扶植資訊科技產業。「資訊工業策進會」與「新竹科學工業園區」亦分別在 1979 年與 1980 年於政務委員李國鼎的推動下成立。因此，攸關個人電腦外銷的電腦軟體保護的問題，在八零年代立法前後，便一直環繞著經濟發展的論述，並且與對外（美）的電腦貿易輸出，息息相關。

八零年代，美國雷根政府當政時期，雖然在貿易談判上強調「自由貿易」與「公平貿易」，希望各國打開門戶、落實智慧財產保護，但是，事實上，其時正是美國保護主義高張之際。 因此，台灣對美的大量出超，久為美國亟思解決的

[69]卞中佩，<在英雄傳略之外--台灣資訊科技工業「奇蹟」的歷史結構起源>，世新大學社會發展研究所碩士論文，2001 年，頁 46、59。

問題。 其中的策略之一，便是主張台灣對美輸出仿冒產品，係不公平的貿易手段。

與台灣一樣，資訊工業也是美國當時被寄予厚望的產業，如何扶植該產業，一方面擴張其海外市場，一方面避免美國本土的市場被外國廠商所攻佔，美國政府亦念茲在茲。 自 1982 年 7 月起，美國海關開始扣押其認為侵犯蘋果公司著作權的台灣輸美電腦，[70]甚至對不包括唯讀記憶體（ROM），因此沒有燒錄蘋果啟動程式的軟體的個人電腦進行查扣。[71]其緣由係美商蘋果公司向美國國際貿易委員會請願，認為無唯讀記憶的進口電腦，亦為電腦軟體著作權「輔助侵害」（contributory infringement）之行為，因為許多台灣進口的電腦，雖然沒有裝置唯讀記憶體，但因為與蘋果電腦的基座相容，通關檢查後，仍然可以未經授權的安裝其啟動程式之軟體。[72]後來，美國國際貿易委員會更鑑於部份來自台灣、新加坡、香港的個人電腦被查獲侵害著作權，一致地裁決「全面禁止進口令」，甚至一度決定進口的不含僅讀記憶的個人用電腦，如果基座與蘋果公司產品相似，海關仍應禁止進口。[73]另外，工研院電子所發展的「個人電腦輸出入基本程式」（BIOS）也因為被 IBM 認為相似程度過高，使用該程式的電腦因此未能順利輸美。

在這些紛紛擾擾的半年之後，美國的商業週刊報導台灣雖然全力發展個人電腦，但由於牽涉智慧財產權的問題，個人電腦延宕多時而無法如期上市，已經失去價格上的優勢，其更直言「台灣似乎已失去拓展美國市場的良機」；不過，台灣的業者普遍不以為然，認為這是一場「長期抗戰」，宏碁電腦的董事長施振榮更以為目前只是一時的低潮。[74] 事實上，除了輸美受阻以外，當時台灣電腦在美國以外的市場都有不錯的銷售成績。[75]因此，對不可能放棄美國以外市場的美

[70] <電腦製品迂迴輸美 美商多方阻擾 要求貿會禁止進口>，《聯合報》，1983 年 9 月 5 日，第 5 版；<我國資訊產品輸出 遭美商有計劃干擾>《中國時報》，1983 年 7 月 26 日，第 2 版。

[71] <仿冒蘋果微電腦沒有唯讀記憶 仍遭美國海關查扣>《經濟日報》，1984 年 1 月 6 日，第 3 版。

[72] 同前註。

[73] 參<被指侵害美商著作權專利權 美國貿委員會一致裁決 限制我個人用電腦進口 雷根將以六十天時間審閱裁決書>，《聯合報》，1984 年 3 月 1 日，第 1 版； <「侵害」電腦著作權 美決採較廣泛解釋>，《聯合報》，1984 年 3 月 13 日，第 3 版。

[74]<誰說台灣失去良機 美刊對我電腦銷美下斷語 國內電腦業都很不以為然>，《聯合報》，1984 年 9 月 19 日，第 3 版。

[75]同前註；<電腦出口恢復活絡 美國以外市場均頗可觀 業者密切注意 IBM 價格動向>，《經濟日報》，1984 年 8 月 30 日，第 3 版。

商而言，光是阻止輸美，卻放任台灣的「仿冒」電腦流竄世界各地，顯然不可行。其實，美商很早就知道此點，他們在稍早就已經在台就其電腦軟體註冊著作權，並且在台提起著作權訴訟，取締這些「仿冒」的個人電腦。

第二項　智慧財產論述的知識分類--電腦軟體是著作權的客體嗎？

第一款 電腦軟體---廣義的文字著譯

當時的《著作權法》可以取得著作權的著作物並不包括電腦軟體。不過，內政部在 1980 年，即認為電腦軟體可以准依《著作權法》第一條第一款的「文字之著譯」的類型，申請註冊，[76]因此，於 1982 年 6 月間，蘋果公司的「自動啟動軟體程式」（Autostart Rom）與「蘋果軟體程式」（Apple Soft-Basic）便雙雙在內政部申請註冊，並於 7 月獲得核准後，同年底即向神榮、 日升等販售個人電腦的台灣公司以侵害其著作權為由，向法院提起訴訟。 其間雖地方刑事法院一度認為蘋果公司因為未在台登記為法人，以欠缺自訴能力為由，在程序上不予受理，引起台美關係的軒然大波，但不久高等法院即指摘地方法院之不當。 這個事件也促使了當時正在擬定的著作權法在著作權法特別增定了外商訴權。[77]

因為，當時電腦軟體並不在列舉可以註冊取得著作權的著作類型，被告電腦廠商的委認律師甚至希望傳喚當時的內政部長林洋港，要求其說明准予電腦軟體的著作權註冊的法律依據何在，並且表示要聲請釋憲。[78]訴訟中，被告主張「電腦軟體並不在著作權法第一條之範圍」，不過，對於被告的質疑，高等法院

[76]行政院 69 年 8 月 18 日台 69(內)9599 號函。

[77]1985 年通過之著作權法第十七條第三項即規定：「前項著作權人為未經認許成立之外國法人，對於第三十八條至第四十四條之罪的為告訴或提起自訴。但以依條約或其本國法令、慣例，中華民國之著作得在該國享受同等權利者為限」。另外，有關美國公司在台的當事人能力當時的討論可參楊仁壽，<美國公司在我國的當事人能力>，《聯合報》，1983 年 2 月 28 日，第 3 版；丘宏達，<美國公司在我國的訴訟能力--我國法院判決蘋果電腦自訴不受理一案之商榷>，《中國時報》，1983 年 2 月 24 日，第 2 版。

[78]<侵害蘋果電腦著作權案昨開庭 被告聲請傳喚林洋港等　說明准許登記法律依據>，《經濟日報》1983 年 9 月 21 日，第 2 版。

援引內政部 73 年 9 月 26 日台內著字 260112 號函復表示：

> 電腦軟體係以文字、數字或其他邏輯之一組陳述或指令，固著於一定物體，經特定機械之閱讀，而發生預期之功能，其與一般物理、數學、化學等文字學術著作之**表達方式相同，皆為著作人智慧之創作**....現行著作權法第一條第一項各款對於著作權之註冊係採著作物類別之列舉，而非對各該類著作物名稱之逐一列舉，如第二款美術之製作，並不限於其為繪畫，凡書法、美術、雕塑均屬之，第一款文字之著譯亦不限其為文學、 科學、小說或其翻譯，故電腦軟體程式應屬**廣義之文字之著譯**」。[79]

類似的見解稍後也為最高法院所採用。[80]

第二款 電腦軟體與個人情感的表達

相較於司法實務和行政部門的篤定地認為電腦軟體屬於文字著譯，因此可以註冊取得著作權，業界和學界對此則有相當的質疑聲浪。[81] 尤其，當立法院於 1984 年底一讀通過行政院版本的著作權法修正草案，把電腦軟體列入著作權法保護客體後，一時更是在國內引起了軒然大波，各界反應不一。[82]

---

[79]台灣高等法院 73 年上易字第 865 號。 粗體為本文所加。

[80]最高法院 74 年度台上字第 2963 號刑事判決：「電腦軟體程式，乃人類文化現代尖端之科技，藉文字符號等以表達智慧結晶之特定內容及創意之產品，雖其形式上係透過電腦機器之操作而表達，與通常之書籍文章固有不同，但仍不失為一種符號文字著作之性質」。

[81]例如，<仿冒蘋果二號電腦 被判違反著作權法 國際間屬見仁見智 我國判例「領先一步」>，《聯合報》，1984 年 1 月 25 日，第 3 版。 此外，無論在立法政策上是否贊成以著作權法保護電腦軟體，學界普遍的共識是內政部還有法院這樣的比附援引有違「罪刑法定主義」，參<司法肯定電腦著作權 雖可喜但亦可議>，《經濟日報》，1984 年 12 月 8 日，第 2 版。例如，賀德芬即認為台灣的著作權法的著作類型並無英美的概括性條款，而著作權侵害官司動輒以刑事相求，此種解釋的合法性相當質得懷疑，賀德芬，<科技發展與法律---從電腦官司談起>，《中國時報》，1984 年 10 月 31 日，第 3 版。

[82]<國內著作採創作保護主義 立院聯委會通過修正草案 電腦軟體納入 資訊圈反應不一>，《聯合報》，1984 年 11 月 6 日，第 3 版；<電腦官司難辨真假 打起官司將是混戰 電腦業要求暫緩列入著作權法>，《中國時報》，1984 年 10 月 29 日，第 3 版。

有的立委與律師贊成這樣的修法，認為以著作權保護創作者的心血結晶，可以有利軟體工業的發展。 例如立法委員黃正安與丑輝瑛在接受媒體採訪時，都分別表示「凡事花費心血所得的成果，都應該受到保護」、「電腦軟體可以說是人類創作的一種作品，理應受到政府的保障」[83]主持理律事務所的陳長文教授在稍早之前在報社舉辦的座談會中，則認為著作權的目的，是鼓勵個人運用智慧結晶，發表著作物，供社會大眾之用，而作為專家創作結晶的電腦軟體程式也可以提供人類各種用途，因此當然應該受到著作權保護；他也認為專利的審核期問很長，保護期間又短，如果用專利權法來保護軟體程式的話，勢必無法面對日新月異的電腦發展，以後可能沒有人願意作軟體的基礎研究。[84]

不過，也有許多國內的論者，從智慧財產內部的知識分類標準出發，認為電腦軟體不適宜由著作權法來規範。 其所持的理由之一，是著作權的立法目的在於提升文化，而與經濟發展並無直接關聯，而電腦軟體向來是與後者較有關聯。 例如，台北市電腦同業公會在立法院通過著作權法修正草案一讀後，即陳情表示電腦軟體攸關一國科學技術、工業水準、經濟發展，應由經濟部統籌，不宜併入文化出版之範圍，他們更認為由內政部作為電腦軟體的主管機關，將與當時主要負責推動資訊工業的經濟部，形成雙頭馬車、 事權不一的局面，影響資訊工業發展；[85]徐火明教授也認為著作權所保護之創作物，具有「文化財」之性質，而電腦軟體具有「經濟財」之性質； 因此另立新法保護，或許比將電腦軟體塞進著作權法的框架更為妥當。[86]

另一項認為電腦軟體性質上不宜由著作權法保護的理由，則是從著作權是在保護個人情感表達的目的而論。 當時，對將電腦軟體以著作權法來保護，反對最力者應屬時任宏碁電腦公司法務顧問鄭中人。 宏碁公司是當時台灣居領導地位的電腦公司，其董事長施振榮亦是台北市電腦同業公會的會長。 鄭中人認

[83]<贊成與反對：電腦軟體能擺在著作權法嗎？>，《生活雜誌》，第 9 期 （1985 年 3 月），頁 24。
[84]<本報新聞座談會 電腦軟體是否應由法律保護 (上)>，《經濟日報》，1984 年 5 月 7 日，第 2 版
[85]<電腦業今向當局陳情 著作權法保護客體 電腦軟體暫勿列入>，《經濟日報》，(1984 年 10 月 29 日)，第 2 版。 另外，生活雜誌的專論則認為：「電腦軟體之製作，受制於一國技術水準，而且關係著國家產業的枯榮，是以其保護法治，應係產業政策之立法，而不是像著作權法為一種提升文化層次的法制」，黃鐘，<最後的機會 最後的呼籲---從產業政策看電腦立法>，《生活雜誌》，第 9 期 （1985 年 3 月），頁 23。
[86]徐火明，<解開保護著作權的幾個難題>，《聯合報》，1985 年 1 月 20 日，第 2 版。

為當時立法院一讀通過的著作權法修正草案，將電腦軟體納入著作權法中，最大的問題是**名不正**，因為衡諸現有各種著作權法保護的著作物，「都是作者藉諸人類自然感覺可以感受的各種表達媒介，如文字、聲音、線條、色彩、明暗等，將其感情、觀念或看法表示出來...以冀他人閱讀、聆聽或觀看，而欣賞了解其感情觀念或看法」，可見著作權法的目的在於鼓勵創作，「**溝通人與人之間的感情觀念或看法**，以促進社會和諧和文化進步」，「著作權法所保護的對象是表達的方式，非所表達的內容。 **因為唯有表達方法具有創意美感，才能感染讀者或聽眾，引起其共鳴而接受其感情觀念或看法**」，但是電腦軟體於此絕不相類：

> 軟體設計之目的在於代替人類處理日益龐雜**瑣碎而例行性**的資料，其內容不外是一連串操作機器的指令集，成為**一套作業步驟的組合**，其表達之媒介是電流或磁性的有無，**軟體不是著作物，而是使用的器皿**....我們買軟體之目的在於使用而非欣賞，所謂使用就是操作電腦處理資料，並非與電腦溝通。[87]

類似的論述策略，我們也可以在曹小霆律師稍早的主張中看到，他認為電腦軟體並非著作權保障的客體，因為其係「隱藏在電腦體 內部的記憶體，不是表露於外、印刷在紙上、有思想感情的創作」。[88] 事實上，對徐火明教授而言，因為作者個人的思想感情表達而生的著作人格權規定，反而是電腦軟體不宜劃歸在著作權法的理由，他認為電腦程式發展完成後，使用時需要加以修改，而著作人格權之規定會有礙程式的後續開發。[89]

從第二章的討論，我們知道 「個人的情感表達」是證立智慧可以為個人專有排他財產的重要根據。 因此， 很明顯的是，即使根據智慧財產既有的知識分類，要把電腦軟體在擺在著作權法的範疇，也不是一件當然之事。 **此處，我們也便看到部份台灣的論者以西方智慧財產論述中的法理作為「工具」，抵抗美國**

---

[87]鄭中人，<電腦軟體應受著作權法保護？>，《聯合報》，1984 年 11 月 20 日，第 2 版。粗體為本文所加。

[88]<本報新聞座談會 電腦軟體是否應由法律保護 (下)>，《經濟日報》，1984 年 5 月 8 日，第 2 版

[89]徐火明，<解開保護著作權的幾個難題>，《聯合報》，1985 年 1 月 20 日，第 2 版。

排定的議程。

第三款 智慧財產制度的全球化--美國的議程

那麼，為何美國會力主以著作權法作為保護電腦軟體的方式之一呢？對此，鄭中人在稍早與施振榮合著的文章，認為這是「美國之如意算盤」，其指出，一般而言，一國之法律僅於該領域有效，而專利法、 商標法等皆需依各國法律登記註冊，始受該國法律之保護，但是：

> 國際上卻有世界著作權公約與伯恩公約，規定簽約國家著作人踐行其本國法的規定，即可在任何簽約國受到保障，勿庸踐行任何煩重的法定程序...是以如將軟體程式視為文學作作品(sic)，即可經由世界著作權公約與伯恩公約之網路，在各簽約國享受排他的權利，比以專利法或契約法保護更直接了當，且能超越各國法律之限制...我們仔細研究美國有關機關處理電腦程式法律問題的態度與方法...就可以發現美國如何用盡心思去尋求**一套能普通而徹底，放諸四海而皆準**的電腦科技法律保護制度.美國[不僅在國內讓]軟體程式成功的取得著作權法的保護，**且不著痕跡，羚羊掛角地影響世界各國接受其見解**...[90]

相較於專利法，將電腦軟體定性為著作，一方面可讓 「作者」因為創作而取得較長的保護期間，無庸經過各國的登記與審查，一方面也可以避免在以專利保護的時候，權利人必須公開其設計，以利他人模仿的要求。 再者，若著作權法亦保護零與一組成的「目的碼」，即使是電腦工程師也無法了解，軟體公司即可一方面享受營業秘密的好處，不必害怕他人模仿，一方面又享有對世的專

[90]鄭中人、施振榮，<修改電腦軟體著作之我見>，《0 與 1 科技》，第 35 期 (1983 年 11 月)，頁 114-115。 粗體為本文所加。 蕭雄淋在數年後亦有同樣的評論，其認為認為美國所以選擇以著作權法來保護，並不是傳統的著作權法適合保護電腦程式，主要是因為著作權法採創作主義，透過著作權公約，使美國的電腦程式無須在他國註冊，即能自動受保護，以便利 IBM 等電腦公司透過資訊的獨占而稱霸全球。蕭雄淋，<中美著作權談判後的感想---推託與報復>，《自立晚報》1989 年 4 月 10 日，第 16 版。

有排他權利。[91]事實上，伯恩公約簽訂超過一百年後，美國在三推四阻後，到了二十世紀的八零年代財決定加入，電腦軟體的國際保護是不能輕忽的因素。

不過，前述台灣的討論最終並沒有將電腦軟體排除在著作權法的分類之外。而在台灣完成立法後，一些國家或由於美國的影響或由於壓力，也紛紛將電腦軟體納入著作權法的範疇。例如日本在八零年代初期本擬對電腦軟體特別立法，不僅權利年限較短（15 年），同時亦有強制授權的規定，但在美國貿易官員以及歐洲部份國家的壓力下，日本放棄此一立法，而改採以著作權法規範電腦軟體，原本在擬定特別保護條款的世界智慧財產權組織（WIPO），也察覺到風向的改變，停止該條約的擬定。[92]

何以美國的議程能夠順利地實現？一個重要因素是，美國談判的戰略規劃得宜，有效地透過貿易談判與貿易報復發揮其「實力」。原本，1967 年成立的「世界智慧財產組織」(WIPO)，應該是最適合討論智慧財產國際保護的場所，但因為許多會員國都是開發中國家，而且該組織採用一國一票制度，美國在八零年代因此相當堅持將智慧財產排入關稅暨貿易總協定（GATT）的多邊談判（即使一些智慧財產的規定，例如禁止平行輸入，讓權利人得以在不同國家差別定價，是與「自由貿易」的原則相悖的），藉此跳過世界財產組織；而除了多邊談判，美國同時也以貿易報復為後盾，與各個國家進行雙邊談判，各個擊破。[93] 一位前任的美國貿易談判代表（USTR）即曾表示：「每一個雙邊的談判，都使得該國家的智慧財產制度更接近『與貿易有關之智慧財產權協定』（TRIPS），所以最後接受它就不再是什麼大不了的事情。」[94]「與貿易有關之智慧財產權協定」於 1994 年烏拉圭回合簽訂，凡是世界貿易組織的會員國都需遵守此智慧財產保護的「最低標準」，而其第十條即明確地規定「電腦程式，無論

[91]通常而言，一般的文藝創作我們只要能夠欣賞，就能夠模仿其表達以及了解與運用其中的思想，但因為人類無法理解但電腦可以判讀由零與一組合的目的碼，後來也被認為是著作權的適格客體，因此商業公司在販售其軟體時，只要不公佈以高階語言寫成的「原始碼」，而僅販售「目的碼」，使用者是無從了解軟體的設計概念與模式，自然也無從模仿或加以改進。

[92]PETER DRAHOS, INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY? 171 (2002).

[93]*Id.* at 85-149. 對於想要設立較高標準的智慧財產制度的國家而言，「關稅暨貿易總協定」比起「世界智慧財產組織」有下列優點：協定的結果必須包裹式的同意、而歐美國家可將智慧財產與農產品、紡織品等議題一起談判，更容易讓開發中國家讓步。「世界智慧財產組織」對不遵守的會員國沒有強制力，但「關稅暨貿易總協定」與其後繼者「世界貿易組織」（WTO）有紛爭解決的機制。See GRAHAM DUTFIELD, GLOBAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW 32-33 (2008).

[94]DRAHOS, *supra* note 92 at 104-105

是原始碼或目的碼，應該以伯恩公約下的文學著作的方式予以保護」。

但是，美國所訴諸的不僅是「實力」而已，同時它也嘗試「說服」各個發展中國家，智慧財產的保護有助於讓外國技術的引進與國內的創新研發，因此對開發中國家的發展是有利的。 因此，在台灣電腦軟體的立法過程中，我們也可以發現許多台灣的論者儘管一方面對美國的咄咄逼人相當不滿，但是，卻又相當認同美國等西方國家在智慧財產論述的框架下所提出的二元對應關係。這是本文下一項所要探討的內容。

第三項　在落後與先進之間：仿冒/效、電腦軟體與經濟發展

在著作權法修正草案一讀通過後，與政府和法院認為這是國內資訊工業發展與進步的先決條件的態度相反，國內相關業者對該草案的內容反而甚為憂慮，甚至直指這是塊絆腳石。[95]台北市電腦同業公會更緊急向立法院陳情，表示電腦及相關設備出口已為台灣經濟成長的主要動力，希望立法院暫時不要把電腦軟體列入著作權保護的對象，以免影響國內資訊工業發展。 在輿論方面，經濟日報也認為仿冒行為與對於有改進或有變異的電腦軟體程式，不宜一概而論，否則先進國家將壟斷電腦軟體的發展，而開發中國家有權打破先進國家的科技壟斷。[96]

楊崇森教授也投書媒體認為：著作權法草案在行政院階段，對軟體保護「只是『相當然耳』式的看到美國著作權法有明文規定，就搶先跟進而已」，忽略了「在美國之類先進國，其立法課題不但要保護程式之表現，甚至還希望進一步保護程式所蘊含的觀念本身，藉以確保所投資金之回收」，但「我國在資訊工業

---

[95]<業者的話 著作權法草案「閉門造車」資訊業擔憂是塊「絆腳石>，《經濟日報》，1984 年 10 月 27 日，第 2 版。

[96]社論，<多元利害 電腦權益 三年有成>，《經濟日報》，1984 年 12 月 26 日，第 2 版。

方面乃**後進國**...國情不同，目下亟須多方吸收外國技術與觀念。因此我們的保護**至少在目前**只能止於適當限度...以免造成外國技術壟斷的局面，對經濟發展產生負面作用」。[97]

因為輿論關注以及利益團體的陳情，原本在審查會「無異議」通過的電腦軟體的著作權保護，在二讀成了最受關注的議題。 院會討論的過程中，不少委員都曾對此表達意見 。[98]如郭林勇委員認為「如果一個**先進的立法**不能獲得國人的支持，**不能適合國情**，則此依立法祇徒具需文罷了」，而「國內的電腦可說正邁向開發與有競爭力的時候，若依本法之規定，勢必影響電腦的競爭力與國家的經濟建設」。[99]一些立委，在接受媒體的採訪時，則表示「好的法律應該能夠適應國情」（張俊雄）、「我國電腦工業尚在起步學習的階段，這項立法對開發中國家將是不會有利的」（林庚申）。[100]

我們可以發現，前述質疑內政部原有草案的種種說法，其實並沒有否定智慧財產/公共園地、先進/落後、發展/未發展的二元對應關係，只是認為現階段而言，電腦軟體著作權保護的「先進」立法，並非適宜台灣「國情」的發展策略。

不過，仍有論者嘗試區分「仿冒」和「仿效」的不同，主張「科技是沒有國界的，是不能獨占的人類資產，只要不是『冒』，『仿』是無罪的」，並且以為若是開發中國家的模仿之中，若亦而有變通與改良，更是開發國家不能反對的，否則，「開發中國家也就永遠沒有在科技方面抬頭之日，永遠成為開發國家的科技殖民地，也永遠形成南北半球的差距與對立。」[101]

---

[97]楊崇森，<電腦軟體保護立法不宜草率>，《聯合報》，1985 年 1 月 14 日，第 2 版。粗體為本文所加。

[98]如林鈺祥、簡又新、鐘榮吉、汪漁洋、黃榮秋、鄭余鎮、蔡慶祝、吳延環，這些委員的立場仍有個別差異，但是基本上的公約數是認為原修正草案的電腦軟體的定義模糊不清，將窒礙難行，參立法院公報，第 74 卷，第 42 期，院會會紀錄 ，頁 52、69-76；立法院公報，第 74 卷，第 45 期，院會會紀錄 ，頁 12-13、16-19

[99]立法院公報，第 74 卷，第 42 期，院會會紀錄 ，頁 41。粗體為本文所加。

[100]<贊成與反對：電腦軟體能擺在著作權法嗎？>，《生活雜誌》，第 9 期 （1985 年 3 月），頁 24。

[101]楊子，<楊子漫談經濟 反「仿冒」論>，《經濟日報》，1984 年 3 月 3 日，第 11 版。

但是，如同前一項是否要保護美國人著作的翻印西書的爭議，我們也可以看到有論者認為保護智慧財產，以先進國家的作法為師，杜絕「仿冒」，才是擺脫依賴、自立發展的長久之計，所謂「仿效」也者，只是一條愈益讓自己深陷依賴、邊陲的不歸路，而區分「仿」與「冒 」的差異似乎也只是咬文嚼字而已。

比如，稍早之前，陳啟明在評論當時國內「仿蘋果二號電腦」產業時，便認為這個產業，雖然一時興旺非常，讓人們錯以為台灣的資訊工業起飛了，但是，因為無法出口至美國，以及美商蘋果電腦來台提訴取締，沒有三天的好光景，因此，他認為「仿蘋果二號電腦」的產業的興衰就像「菌類」的生長一樣：

> 菌類在**幽暗潮溼**的氣候下，一夕之間發榮滋長，彷彿好景無限；然而，當次朝**太陽**當空照射，卻又迅速地相繼萎謝，無聲無息地消失了。[102]

賀德芬在仿冒問題上，與外國人著作保護一樣，都以為智慧財產的保護才是擺脫依賴與自立發展的正道，蓋「仿冒雖然能帶來一時的利益，使數面上的經濟數字成長」，但卻有下列弊害，是「國家經濟、文化發展的毒瘤」：

> 1. 國人因過度的保護而仿冒抄襲成性，產生了依賴，再也無力自行開發，開創生機。 長期以往，不僅經濟上、文化上也會成為先進國家的次殖民地。
>
> 2. 由於國內缺乏對創新的保護，使國外新技術不能引入。自己又怠惰成習，無從激發創新的潛能，便永遠只能撿拾他人廢棄落伍的技術。突破瓶頸，工業升級變成為空談。
>
> 3. 縱使放縱國人仿冒抄襲，但在外國海關和市場日益警覺

[102]陳啟明，<仿蘋果二號的勃興與沒落>，《經濟日報》，1983 年 2 月 22 日，第 12 版。粗體為本文所加。粗體為本文所加。

的情況下，仿冒品欲進入國外市場不但困難，還會遭受司法制裁。台灣以外銷為經濟命脈，一旦因仿冒而阻塞了外銷管道，其對經濟上的損害將是難以估計的。[103]

事實上，由於認為「仿冒」不利於發展，以及美國方面的壓力，當時政府亟私杜絕仿冒。 當時負責台美智慧財產權議題交涉與談判的國貿局長蕭萬長，在對全國性暨台灣區工商礦業團體動員月會上的演講，就公開疾呼應該趕快**建立「仿冒是我們的公敵」的「共識」**---人人都有義務檢舉侵害商標專利，以及著作權的人，因為這些「少數人的仿冒」，「使我們的出口受到阻礙，使我們的工業難以升級」。[104]

[103]賀德芬，<反仿冒法律規範的檢討—著作權及其他反仿冒法律問題>，收於氏著，《文化創新與商業契機：著作權法論文集》，頁 68-69。該文原刊於「思與言」第二十三卷第二、三期，1985 年。當時美僑商會會長賀福滿主張加強保障智財權的理由也是：(一)外商懼怕他們所有的智慧財產權被仿冒，而阻礙了外國交易進入台灣。(二)仿冒阻止了外國貨品之進口， 因其所有人亦恐所有之貨品被仿冒。(三)仿冒阻礙了台灣企業家們發展能使他們在高度技術化世界進步快速的創新能力，仿冒使他們安於現狀。<化解美強烈保護主義 我宜加強保障智財權 美僑商會會長昨指出>，《經濟日報》，1985 年 6 月 27 日，第 3 版。

[104]蕭萬長，<仿冒是我們的公敵>，《中央日報》，1984 年 3 月 13 日，第 3 版。粗體為本文所加。

第三節 現代觀念與智慧財產：創造力與使用者付費

前一節蕭萬長建立「仿冒」是我們的公敵的共識，其實是一種嘗試將公共園地「他者化」的呼籲，因為「仿冒」如若要是公敵，則必須要將其排除在合法的界線之外，這也意味站在智慧財產反面的公共園地，必須是人們所不認同的他者。不過，從第二章的討論，我們也可以知道，公共園地不僅止於是一個相對於智慧財產所代表的繁榮、發展的他者，它還是個人原創性的他者。因此單單說仿冒會妨礙工業升級是不夠的，仿冒必須也有礙個人原創，而這對智慧財產論述的穩固，相當重要。 不過，與第二章的所描述的英美發展相當不同的是，台灣的論者還多了一份落後/現代的二元對應的自覺，而這是英美的論者所沒有的焦慮。



圖二 八零年代反仿冒海報 圖片來源：天下雜誌第 41 期

因此，在急切地要成為已開發國家的自覺下，我們也可以看到有論者開始從傳統文化探究仿冒的「病源」何在。 傳統文化不再是尋求美國人諒解的理由，反而是必須開刀剔除的腫瘤。建築師漢寶德就認為仿冒不能單純的看作工業界不求上進的現象，反仿冒運動如要對症下藥， 必須考量傳統中國不僅不視仿冒為不正當，甚至鼓勵仿冒的文化因素，[105]，因此他建議政府若要有所作為，必須「自醜化因襲、鼓勵創新著手」，在學校與大眾教育，則是要「要強調個性的尊嚴...培養內發的創造力」。[106]換言之，必須要建立任由他人「仿冒」的公共園地，是**原創性的他者**的共識，智慧財產的保護才會更加地理所當然。八零年代的反仿冒「共識」的宣導海報，主題會是學舌的鸚鵡，正反應了此種結構。

---

[105]漢寶德以中國繪畫為例，認為中國的傳統是公然鼓勵仿冒，而此種「仿冒精神」表現在精緻文化上，就是刻意的模仿與複製：「傳統的畫家喜以『仿某家筆意為題』，以仿得古人精神為得意事。自古以來抄襲之風，為文人雅士所愛尚，王維的『輞川圖』、范寬的『溪山行旅』，及張擇端的『清明上河圖』歷代均有仿本。其他仿冒的名家作品不計其數，使得中國繪畫史的研究幾乎必須以鑑別仿冒品為第一要務，大家卻樂此不疲.....我們的聰明才智沒有用在創新上，卻充份發揮在仿冒上。 」漢寶德，<仿冒文化>，《天下雜誌》，第 44 期 （1985 年 1 月），頁 63。
[106]同前註。

另一方面，中國古代那種文人應該恥於言利、或者所謂知識「無價」的說法，也開始受到明白地挑戰。主編《書評書目》的隱地，在這本台灣文學史上有重要地位與影響的雜誌，就發表了一篇以「請付轉載費」為名的文章，認為「作品是作家的心血結晶，更是作家的財產，每一次轉載，理應各付一筆轉載費」；[107]賀德芬呼籲應該要趕快「建立『**知識也須付代價**』的正確觀念」。[108]漢寶德也有感於台灣的業者吝於支付設計費，為文「為智慧喊價」，認為所謂智慧「無價」的說法，不是真正的「無價」，台灣的創作者與使用人都必須趕快落實「智慧有價」的觀念，如此才有住於精緻社會的發展和進步。[109]

另一方面，現代性、智慧財產、商品化也被連結在一起了，吳心柳就指出：

> 一個現代人，要想**進步**、成熟、有**現代**意識，「買智慧」應該像買麵包、買襯衫、添換化粧品一樣的永無休止。[110]

但是，就像十八世紀的浪漫主義詩人 Wordsworth 並不覺得商品化與強調作者個人心靈的原創性有何衝突，對於吳心柳而言，商品化也不會減損知識的價值，反而是沒有市場價格的知識，可能會減損人們對智慧的「虔敬之情」。免費意謂著「價值」的低落！因此，他反對一些論者主張將當時開幕的自然科學博物館的票價調低的建議（館長剛好是漢寶德），因為：

> 可藉此興起「買智慧」者的選擇與意願。萬一擔心清寒人士力有未逮，也不妨學學巴黎羅浮宮，每星期有一天是免費的可也，平時門票則不必刻意壓低。那樣，至少不致使買票的人下意識中產生一種不自覺的輕率而對「目的」減少虔敬之情。因為智慧要「買」，且得付出合理費用，其本身就

[107]隱地，<請付轉載費--後窗之五>，《書評書目》，第 84 期（1980 年 4 月），頁 52。
[108]賀德芬，<著作權法也應保護外國人的作品>，《聯合報》，1984 年 11 月 15 日，第 2 版。粗體為本文所加。
[109]漢寶德，<為智慧喊價>，《天下雜誌》，第 66 期（1986 年 11 月），頁 135。
[110]吳心柳，<未名集 買智慧>，《聯合報》，1986 年 3 月 14 日，第 8 版。粗體為本文所加。

是一種教育；也是新的進步的社會中的一種倫理層面。[111]

而除了「使用者付費」的觀念逐漸地被一些論者認為是「天經地義」，[112]許多目的就是要向使用者收費的著作權仲介團體也紛紛相繼成立。1987年「中華民國著作權人協會」便成立了台灣第一個仲介團體「音樂著作使用協會」，接受作詞作曲人的委託授權，向使用其音樂的團體收取使用費。 而在九零年代初，因為台灣環保運動受到注目，一份以企業主為讀者的雜誌中，甚至以「文化環保」為喻，認為**「使用者付費」是大家要做好「文化環保」的責任**。[113] 作者應該要勇於喊價，而使用者的付費，更是「大家」在道德上的責任。免費的公共園地，不是人們應該要特別追求與認同的地方，想反地，使用者付費，才是「文化環保」的意義所在。

---

[111]同前註。

[112]參翁得元，<「使用者付費 」天經地義>，《經濟日報》，1989年9月22日，第3版。

[113]統領雜誌 編輯部，<智慧財產，開挖—小心偷到別家>，《統領雜誌》，第83期 (1992年6月) 頁12；熊學彥，<文化環保 使用者付費>，《統領雜誌》，第83期 (1992年6月)，頁26。

第四節　小結

第一項　認同中的抵抗：在智慧財產論述的裂隙中抵抗

智慧財產論述的根本特徵之一是智慧財產與公共園地的二元對應命題，智慧財產象徵發展、進步、秩序，而公共園地則是荒涼、落後、野蠻的代表。前者也被視為是解決，或拯救後者的必要方法。 智慧財產與公共園地的二元區分，同時也在對私人與公共的領域進行劃界，但是，這樣的區分，其實總是流動而且武斷的，因此，智慧財產論述必須訴諸一些標準，去劃分特定資訊或智慧何以是可以是個人的私有財產。 在著作權的部份，認為表達蘊含著個人的情感並且具有原創性，因此是作者的私有財產的說法，就是一個不斷被重複的話語。但是，即使我們暫不質疑這個話語，而接受其看法，我們也可以發現它與智慧財產論述內部知識分類的結果是有相當裂縫的。 前述的電腦軟體即是一例。

雖然，在八零年代中期，美國即有論者嘗試將電腦工程師去比擬為「唱遊詩人」，藉此將其放入著作權的類別。[114]但是，電腦判讀的零與壹的目的碼，與「所謂伊人、在水一方」的詩句，差異很大，要宣稱程式碼是工程師的「個人原創情感表達」，像工程師的臉龐一樣，有其個人的特徵，不會辦法被誤認、混淆，不是一件容易的事。 因此，在八零年代初期，我們可以看到許多台灣的論者，利用智慧財產論述內部的標準與話語，抵抗美國想要以著作權法來保護電腦軟體，從而鞏固其軟體產業優勢地位的意圖。 這其實也例示了智慧財產論述本身結構性的斷裂與矛盾，因此人們可以援用其本身的話語，藉此來抵抗智慧財產論述。 抵抗不一定要來自外部，也可以從內進行顛覆。

當然，我們也不能忽略智慧財產論述的「法理」所發揮的權力作用。近代西方早期，許多歐陸與英國翻印著作的行為都發生在創作者所處的國境之外，而

[114]Anthony L. Clapes, Patrick Lynch & Mark R Steinberg, *Silicon Epics and Binary Bards: Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs*, 34 UCLA L. Rev. 1493 (1986).

不為各國的法律秩序所規範。[115]第一個國與國的雙邊協定起、乃至多邊協定的伯恩公約，都是為了要將海盜國家納入文明法律秩序之下。 而這樣的努力，當然不能缺乏意識型態與法理等論述的配合，這也是為何促成伯恩公約的國際文學藝術聯合會成立之後，其決議中便揭示了「作者對其作品的權利，不是出自於法律的認可，而係財產的一種，立法機關必須予以保障」的原則。[116]而此種普世性的自然權利的宣稱，其實是「文明國家」將「海盜國家」納入其秩序之中，不可或缺的理據。

同樣地，將取用智慧的行為，認為是竊盜他人的財產，而沒有一個國家的法律本於正義和真理，是不懲罰竊盜的普世性宣稱，也有類似的作用。 但是，海盜的「失序」與「無法」，相當程度是相對於「文明」所定義的秩序和法律而言。[117]，「海盜」當然也有自己的規矩與律法。因此，就翻印西書的正當性而言，我們可以「海盜國家」的子民有許多「就法論法」的反駁，在「實定法」上堅稱翻印西書其合法性。 不過，隨著『與貿易有關之智慧財產權協定』（TRIPS）的通過，以及世界貿易組織的成立，一些主權國家的利益的政治問題已經被法律化與技術化了，[118]而原本在法理與道德上的普世性宣稱，也在實定法上放諸四海皆準。換言之，世界上已經很難有海盜國家的立足之地---除非世界貿易組織瓦解，我們已經很難一方面完全在智慧財產「之外」，一方面又宣稱其「合法」了。

[115]有關這段歷史，參 CATHERINE SEVILLE, THE INTERNATIONALISATION OF COPYRIGHT LAW : BOOKS, BUCCANEERS AND THE BLACK FLAG IN THE NINETEENTH CENTURY 41-77 (2006).
[116]See SAM RICKETSON & JANE C. GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS : THE BERNE CONVENTION AND BEYOND 49 (2006) (citation omitted).
[117]舉例而言，侵害作者「個人」自然權利的行為，在西方國家的私有財產秩序下被定義為海盜行徑，但是原住民「集體」的傳統智慧和文化，因為沒有個人的「作者」，所以不被認為是一種財產。但是，長久以來，西方國家很少向這些原住民族取得授權，反而是原住民族若要使用這些專利、商標和著作，往往還需要付費給西方國家的財產權人。 儘管我們看不出來，為何不能把此種行徑稱之為「海盜」，但在智慧財產論述之下，西方國家的此種行為很少與「海盜」有所聯結。
[118]See CHRISTOPHER MAY, THE GLOBAL POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: THE NEW ENCLOSURES 91-92 (2010).

第二項 欲拒還迎--抵抗中的認同

> 令人遺憾的是，既然認定盜印外國書籍是一股歪風，尊重著作人結晶是一個**進步**社會應有的態度，那麼為什麼「高瞻遠矚」之士任由我們的社會**一直**從事**落後野蠻**的行為？
>
> 張靜　　1986 年 6 月[119]

> 最後，筆者願在此強調，增強智財權觀念，健全智財權法治，確為當前提升文化與經濟的**必然途徑**，但法之可貴，亦在其內涵能契合社會背景需要，**揠苗助長**，恐適得其反，則非立法定制之本意 ！
>
> 賀德芬　1993[120]

第一款　他者與理想的我：傳統文化與現代文明

在 Lacan 的理論中，他者（other）是孩童在鏡映階段（mirror stage）發現自我作為一個「他者」的認定，以一種再現和相像的方式，來發現自我作為一個「他者」的認定。也就是藉由理想的我，來發展自我作為一個他者。後殖民理論中，不少後殖民的研究者運用 Lacan 的觀點，認為被殖民者往往會透過帝國主義的論述，藉由權力中心所發展出來對「他者」的形象，將這個鏡映中的理想自我（虛構的他者）予以內在化，來認知掌握自己。[121]

許多認同智慧財產論述中的二元對應命題---智慧財產/公共園地、文明/原

[119]張靜，<反躬自省 痛切檢討>，《今日生活》，第 237 期 (1986 年 6 月)，頁 30。該文係當期《今日生活》的<專題探討：西書禁止翻印問題>系列的文章之一。張靜時任台北地院的檢察官，因為取締盜錄錄影帶業者， 有「盜錄剋星」的稱號。粗體為本文所加。

[120]賀德芬，<智慧財產與國家發展>，收於氏著《文化創新與商業契機：著作權法論文集》，（台北：月旦，1994），頁 59 。原刊於《科技類智慧財產權之性質與保護》行政院科技顧問組出版，1993 年。粗體為本文所加。

[121]參廖炳惠編著，《關鍵詞 200 ：文學與批評研究的通用辭彙編》，頁 186。

始 、進步/落後、發展/未開發、繁榮/荒涼、秩序/海盜---的論者，其實也是將西方智慧財產制度，當作「理想的我」，而把自我的現況當作「他者」，藉此來認知自己應有的歷程。 台灣被建構為欠缺法律的他者，而美國則是法律的主體，其智慧財產制度代表的是現代化的「法治」。[122] 華人傳統是原始而且終至消失的文化，取而代之的則是智慧財產、 原創性、使用者付費的觀念。

美國中國法研究的學者 Alford，曾經以「偷書是一種恭維」來涵蓋華人傳統文化對待知識的態度，而他也認為這是為何中國沒有發展出類似西方智慧財產制度的原因。[123] 有趣的是，雖然 Alford 特別提醒他的讀者小心太過武斷的文化歸因，[124]但在此之後，「偷書是一種恭維」的華人傳統文化，就常常被西方的論者認為是為何中國的智慧財產保護執行困難，而且盜版猖獗的原因之一。 [125]不過近來也有人挑戰這樣的看法，中國學者 Wei Shi 就認為「偷書」這件事，在儒家思想下不僅不是恭維，反而是違背自然秩序的行為，而盜版所以猖獗的部份原因反而是對於文化商品的拜物以及傳統價值的淪喪；此外，他也認為中國嚴格的言論管制，也使得許多書籍必須在黑市流通，而這也助長了盜版的情形。 [126]

其實，這種「傳統文化」是在西方智慧財產論述的視角下，被發明的「傳統文化」。 雖然 Alford 認為「偷書是一種恭維」是流傳已久而其起源已經不可考的中國諺語，[127]但是，根據 Wei Shi 的看法，「偷書是一種恭維」的說法其實脫胎自於魯迅發表於 1919 年的小說《孔乙己》。[128] 小說中，因為考不上秀才靠抄書混飯吃，對人說話，總是滿口之乎者也，教人半懂不懂的孔乙己，當他因為偷書被人吊者打的行為，成為酒館眾人取笑的對象時，他為自己辯駁：「竊書不能算偷......竊書！......讀書人的事，能算偷嗎？」。竊書於此，與其說是恭維，反而是在突顯此一說法的可笑，而這也是隱藏「偷書是一種恭維」這個被發明的傳統下的意涵。 其實，當知識的借用被看作是對原作者的恭維，不被視為私有財產，我

---

[122]這其實是一種「法律東方主義」See Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101 MICH. L. REV. 179 (2002).

[123]WILLIAM P ALFORD, TO STEAL A BOOK IS AN ELEGANT OFFENSE: INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN CHINESE CIVILIZATION (1995).

[124]*Id.* at 6.

[125]See WEI SHI, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE GLOBAL TRADING SYSTEM: EU-CHINA PERSPECTIVE 107-108 n.3 (2008).

[126]*Id.* at 116,120,126.

[127]See ALFORD, *supra* note 123 at 1.

[128]SHI, *supra* note 125 at 115.

們很難想像該文化會用「偷」來描述此一行為，而所謂「偷」者，其實是在知識是私有財產的假設下，才能成立的說法（也請注意孔乙己是竊「書」而不是「偷」「知識」）。換言之，只有在西方的智慧財產論述的視角裡，這種「恭維」才會變成是「偷」，才會是一個吊詭。

第二款 對於二元對應關係的簡短省思

因為將西方智慧財產制度當作理想的我，而將自我現況作為他者，對某些台灣的論者而言，這意謂如果要擺脫依賴、尋求經濟與文化的自立，模仿西方智慧財產的制度與觀念，就成為一條無可迴避的道路---不以西方的標準保護智慧財產，我們將永遠停滯在原始、落後、未開發、野蠻的海盜國家另一組對應關係中。事實上，這也是「世界智慧財產組織」的官方立場，認為西方智慧財產的保護與落實，是尋求經濟發展的「強而有力的工具」，以此向「未開發國家」與「開發中國家」推銷西方的智慧財產制度。[129]從西方國家的角度來看，這些未開發國家與「開發中國家「欠缺」我們的法律，而這是為了他們這些國家的發展的需要，所能提估的工具。[130]

但是，移殖西方智慧財產的觀念、理論與典張制度，是否就可以達到文化與經濟上的發展呢？許多以經濟學方式來研究智慧財產的論者，早已指出資訊與我們常見的商品不同之處在於，它們不但是生產的「成果」，也是生產所需的「原料」。讓特定人就這些成果享有排他性的權利，固然可以讓其獲得比較多的補償，但是卻可能讓另一些人（包括前述的受益者），因為「原料」成本的提高，而需要付出更多的生產成本。一加一減之間，除非我們有了先入為主的認知，在沒有就具體情境作經驗研究前，我們根本不可能事先知道將資訊私有化，對文化與經濟的發展是正是負。更何況，資訊並無敵對性，其使用並不像實體物一樣，會對另一個人使用的效益產生排擠。再者，專有排他權利從來也不是唯

---

[129]KAMIL IDRIS & WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, INTELLECTUAL PROPERTY: A POWER TOOL FOR ECONOMIC GROWTH (2002). Kamil Idris是WIPO的執行長，這本書的定位在其前言說得很清楚：它不是一本教科書，而是供各國政策制定者參考書籍。這本書的堅定立場（definitive perspective）乃是認為智慧財產是好的制度，是經濟發展的有力工具，而且其普遍的施行對所有的國家都是有利的，並非是開發中國家的零和遊戲。

[130]Laura Nader, *Law and the Theory of Lack*, 28 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 191, 195 (2004).

一的創作與生產誘因---甚至在許多情境，都不是最主要的誘因。

以拖到 20 世紀末才正式加入伯恩公約的美國為例，在此之前，美國早就是文化的核心與霸權，而不是因為保護了外國人的著作，才有了它今日的核心位置。 相反地，十九世紀美國的知識與學習，得益於（英）外國人的著作作為像空氣一樣免費/自由的公共園地甚多。 電腦軟體的發展也有類似的情況八零年代的時候，以 IBM 為首等美國公司，雖然亟力鼓吹電腦軟體若不受著作權的保護（但也可另外申請專利），人們將不會有誘因再去研發電腦軟體的觀念。 但是，這是因為其在軟體產業已經具有領先地位，而美國也認為智慧財產的保護可以鞏固其先進地位的緣故。 在此之前，IBM 其實是竭力反對電腦軟體以專利保護的，反而免費贈送軟體，而靠硬體的販賣與支援建立其藍色巨人的地位。[131] 其實，讓海盜國家加入智慧財產保護的國際公約，實施西方的智慧財產制度，有時非但無助於這些國家擺脫依賴、 尋求發展，還可能是文化與經濟的核心邊陲關係得以繼續鞏固的原因。對於文明、先進的國家而言，海盜國家不能被排除在「我們的」秩序之外，否則將無以管理，因此最好的情境是**他們必須在場**（present）**，但不能被代表**（represent）。[132]

再者，所謂智慧財產的擴張與延長的「趨勢」，也不一定對已開發國家的整體公共利益有利（否則為何九零年代後，在美國我們可以看到如此多的反對聲音？），而很可能是少數既得利益團體所動員的結果，並且成功地說服美國政府與國會議員。[133]事實上，這樣的立法「趨勢」往往是競租後的結果，蓋智慧財產的立法因為利益可以由少數競租的企業所獨享，但成本卻散佈在廣大、 甚至未來的人們利用人（包括創作者）身上，因此往往都是偏向擴大和延長的方向。[134]

當然，有時候保護智慧財產是現實上不得不採取的策略，電腦產品被美國「認定」違反智慧財產而在海關予以扣押，對高度依賴對美國出口的台灣，無疑

---

[131]See Drahos, *supra* note 92 at 170.

[132]See Hemmungs Wirtén, *supra* note 2 at 37. 粗體為本文所加。

[133]事實上，曾任輝瑞大藥廠（Pfizer, Inc.）公關部門的人員在受訪時就表示，為了要影響華盛頓的公共政策，他們必須先進入「思想的世界」(the world of ideas)，說服議員與主政者智慧財產的擴大以及保護對美國的發展是刻不容緩的。See Drahos, *supra* note 92 at 69.

[134]See Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 Law & Contemp. Prob. 173, 196-197 (2003).

是頓重擊。台灣也不可能完全自外於這些「遊戲規則」之外，但是我們不應該忘記這些規則的不公平性，並且儘量在規則的可能範圍內謀取自己的利益，而不是反過來指責國內這些不遵守規則的業者，是大家的公敵。 簡言之，一定程度上「遵守」這些規則，或許是現實上不得不的考量，但亦步亦趨的模仿西方智慧財產制度，是否就是擺脫依賴的康莊大道，有利於我們的經濟和文化的發展，還是反而加深了依賴，其實值得深思。

第三款 欲拒還迎的抵抗

如前文所述，我們在戰後台灣可以看到許多「抵抗」美方智慧財產的要求，若以前述所討論的西書翻印與電腦軟體為例， 這些「抵抗」論述大約有下列三

(一)強調文化差異，認為華人傳統一時無法接受知識是個人私有財產的現代觀念

(二)台灣文化水準尚屬落後，需要快速吸收外國文化

(三)台灣是開發中國家，先進國家的法律尚不適合國情

但是，如果仔細探究這些「抵抗」論述，我們可以發現三者都預設智慧財產/公共園地與文明/原始 、進步/落後、發展/未開發、繁榮/荒涼、 秩序/野蠻的二元對應關係。換言之，他們與前述認為要擺脫依賴、尋求自立必須採取西方智慧財產制度與觀念的論者，就「 理想的我」的形象想像並無太大不同，只是認為西方國家智慧財產的「先進」法律，**現階段尚不適合**台灣的「國情」。因此， 公共園地，在這種抵抗論述下，比較偏向消極、「搭便車」的意義，是一種不得不然的行為文化「冬令進補」行為。他們捍衛公共園地，但是，公共園地卻又被看作是一個終應擺脫的恥辱的紅字。或許，一些論者選擇這種拖延、叫西方別急、再等等的抗拒策略，在於覺得這類的說辭較容易為西方人所接受，但是，在這樣的「抵抗」論述下，我們看不見公共園地的自我價值--無法去想像一個文明法治的已開發國家，如何可能不以西方的標準和思維來保護智慧，卻又持續地創新與維繫

其發展？

一個常見的想法是：一國的經濟與文化有一定發展後，較強的智慧財產保護更能夠維繫其發展，而未開發或開發中國家，則比較適宜較弱的智慧財產保護。換言之，到了一定的發展階段，國家就須換軌到較強的智慧財產保護。這樣的看法雖然有一定真實性，而且對於自我定位是未開發或開發中的國家而言，也是有效的抵抗策略。但是， 這類的智慧財產保護「較強」與「較弱」的比較，其實**只有以西方智慧財產論述下所定義的智慧財產為衡量的標準**，才有可能成立。若非如此，當西方智慧財產制度，將許多原住民族的集體智慧定義為公共園地，而這些原住民族其實有自己一套對智慧的管理、生產制度時，我們憑什麼說西方對智慧的「保護」程度較高？

不過，這種「再等等」的「抵抗」，在大家都認為「時候未到」之際，仍相當有用。 以西書翻印為例，至少在六零年代，它為許多台灣的政府和知識份子所**相信**。 他們不認為美方的要求，對尚在開發中國家階段的台灣是有利的，因此，儘管對美國有種種經貿、 政治上的依賴 ，政府也不致於完全擁抱美方的議程。但是，當台灣的經濟開始起飛時，當許多人認為「時候已到」，該是成為「理想的我」之際，這種「抵抗」策略，反而開始轉化為引進與落實西方智慧財產制度的動力。

有趣的是，根據學者 Alford 的觀察，台灣戰後的發展正是一種想要「從海盜成為財產權人」的態度的轉變。[135]在 Alford 的描述中，身處不將知識視為私有財產，認為「偷書是一種恭維」的傳統中華文化下的台灣，想要改變的態度非常明顯。而他認為這樣的轉變，以及八零年代台灣為何會開始打擊仿冒、落實智慧財產的保護，如果單單以台美貿易談判來解釋，是不充份的。 因為即使在高度仰賴美國經濟與軍事援助的五零與六零年代，台灣都不曾對美方的要求有太大的退讓，何以到了台灣個人平均外匯存底高居世界第一時，就忽然順應了美方的要求？他以為真正的答案在於：

[135]ALFORD , supra 123 at 9-29, 95-111.

> 台灣驚人的經濟成長、 逐漸意識到本土技術的需要、越來越多元的政治與智識生活、對於正式法律程序的關注，以及對於國際的抱負，都讓智慧財產法的必要性更為明顯，而使得台灣國內的選民有好的理由支持這樣的制度。[136]

對 Alford 而言，智慧財產的保障，是台灣要維繫經濟成長、 邁向多元文化、法治國家，以及成為國際一員不可迴避的道路，而這也是為何台灣在數十年的抗拒後，終於自己選擇揮別海盜，成為文明、法治的現代國家的一員。

我們姑且不論這是否一條必要的道路，或者智慧財產的保護，是讓台灣發展了本土的技術，[137]還是讓美國收取高額的授權費用、乃至以專利、著作權興訟來藉此打擊台灣的產業。 至少，Alford 的觀察，在某一個程度上是正確的：八零年代的台灣之所以會開始落實西方的智慧財產制度與觀念，是因為許多人**認為**西方智慧財產的制度與觀念，對此時台灣的發展是有利而且必要的。而這其實正顯示了「再等等」的「抵抗」論述的侷限性—它沒有為公共園地提出正面論述的價值，因此當二元對應的時間點逐漸逼近時，這樣的論述並不能提供抵抗的動能，反而為智慧財產的實施帶來正當性。 張靜檢察官的提問，其實點出了這類「抵抗」論述的困境。如果我們認同智慧財產論述下的「理想的我」，而公共園地是應該拒斥的「他者」，我們到底有什麼理由**一直**拒絕西方的智慧財產制度，固守過去的野蠻行徑，不願成為文明、發展、法治的現代國家的一員呢？

將公共園地與環境的概念類比，認為我們必須發明「公共園地」概念的美國學者 James Boyle，在回應公共園地到底是不是個多餘的概念的質疑時，其中一個理由是：「公共園地」可以用來抵抗同樣是涵義複雜並具有修辭力量的「進步」、

[136] *Id.* at 107-108.
[137] 申請了專利以及取得著作權的保護，不能表示這促成了廠商的研發，因為廠商很可能因為競爭的壓力，本來就會研發，或者如果沒有專利與著作權的保護，可以透過模仿更快地發展下一步的技術。即使今日台灣常見的「專利就是競爭力」的說法，「競爭力」指得也是可以以此作為訴訟的攻擊或防禦手段，這與技術進步與否是兩回事。 事實上，這反而是在美國等國家制定了遊戲規則後，台灣廠商不得不然的作法。再者， 個別廠商或許因為申請了很多專利以及享著作的著作權，因此很有「競爭力」，但從公共政策以及人類的技術進步來看，也不一定有利。

「成長」與「現代化」。[138]不過，從台灣的經驗來看，或許要拆解的是智慧財產論述的二元對應關係，亦即智慧財產與「進步」、「成長」與「現代化」相連結，而公共園地卻是這一系列概念的他者。 如果不拆解這樣的二元對應，仍然侷限於「抵抗中的認同」的策略，在時序上，比起八零年代更加「現代」、「發展」的台灣，似乎更沒理由走「回頭路」了！

[138] James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROB. 33, 71 (2003).

第五章　抵抗與順從：智慧財產論述與創意共用

智慧財產論述作為一種知識/權力體系，一如前述，許多的元素與彼此的對應關係潛藏結構性的斷裂與矛盾。 因此，以論述的部份話語為前提，要求一以貫之，不但能暴露被隱藏在論述下的正當性問題，也可能對智慧財產論述所排定的議程提出挑戰。 這其實也是在戰後台灣八零年代前期，一些國內論者對美國以著作權法保護電腦軟體的企圖所採取的抵抗策略。 他們不僅不否認著作是個人的情感的表達，反而強調正因如此，程式碼不宜作為著作權的客體。 創意共用授權也採取類似的抵抗策略。 它不否定作者的權利，反而以作者的中介工具自居，而以去中介人為訴求，曝露作者與中介人看似結盟，但自安妮法案以來，實多為依附的關係。但是，這種「認同中的抵抗」也有變質為「抵抗中的認同」的危險，特別是它有可能反而強化了「原創作者」對其著作的專有排他控制的正當性。 此外，雖然不少人認為，創意共用授權的「保留部份權利」，似乎是在全有與全無以外，提示了第三條發展的道路，但是，如果予以進一步檢視創意共用的論述與自我定位，「保留部份權利」是否顛覆了智慧財產/公共園地的二元對應的時序發展關係，其實不無疑問。

因此，本章的提問是：創意共用會不會是一種與智慧財產論述的共謀，雖然看似帶來一時的抵抗，但終極而言，反而鞏固了智慧財產論述？若係如此，是基於何種原因？我們是否能透過不同的理論概念的重新想像，避免這樣的困境？不過，這在回答這些問題前，我們要先從在智慧財產/公共園地的先進/落後二元對應關係中，最不應該產生抵抗的「先進」國家美國，來談這場以自由文化為訴求的創意共用運動。

第一節 創意共用授權的起源與發展

第一項 美國創意共用組織與創意共用授權的源起

第一款 公共園地與「抵抗著作權」

1998 年美國國會通過了 CTEA，不僅作品的著作權年限從作者死後五十年延長到七十年，還溯及既往地適用過去的作品，這讓原本在 1999 年即將成為公共園地的作品，最早都要等到 2019 才有可能進入公共園地（當然，前提是屆時美國國會沒有再次溯及既往延長）。 這項立法使得 Eric Eldred 原本出版公共園地作品的計畫受阻，因此，在 Lessig 的說服與協助下，決定「以身試法」測試法案的合憲性。這件案子經由地方法院、上訴法院[1]一路打到美國最高法院。最後，如同本文在第二章所言，主筆多數意見書的 Ginsburg 大法官認定該法案合憲，因為國會延長既有著作權保護期間的作法，沒有違反美國憲法本文第一條第八款著作權必須是「有限期間」的規定，也沒有改變著作權法的「傳統樣貌」(traditional contour)而需要以第一增補條文審查。[2] 不過，這次訴訟不僅讓原本「技術性」的著作權法成為美國公眾關注的議題，它所激發的社會動員力量，也沒有因為輸掉訴訟而消逝，反而提供了未來創意共用運動所需的動能。

創意共用最早的構想，源自於 1999 年當訴訟程序開始起步時，有一次 Eldred 告訴 Lessig：贏得這件訴訟固然非常重要，但是，除此之外，我們也應該要有更積極的行動，去建立一個讓人們可以捐贈自己的作品到公共園地的著作權保留地（copyright conservancy）。差不多同一時間，在 *Eldred* 案開始進入司法程序不久後，一群與 Lessig 合作的哈佛法學院學生成立了名為「著作權共用」（Copyright's Commons）的團體，該團體不僅是 *Eldred* 案的原告之一， 也籌畫了一項名為「抵抗著作權」（counter-copyright）簡稱 CC 的運動，以「在專有排他著作權之外的替代選擇」（an alternative to the exclusivity of copyright）為口號，邀請一般大眾「藉由將你的作品標示『CC』並且連結到著作權共用的網站，

[1] *Eldred v. Ashcroft* 74 F. Supp. 2d 1,2 (1999)；*Eldrd v. Reno* 239 F.3d 372,375-376 (2001).
[2] *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

表達你對公共園地的支持......如果你在作品上標示『CC』，表示你允許別人使用、修改、編輯、改編、散佈你所創造的作品」。[3]這可以說是後來創意共用授權的先聲。不過，此時的「CC」並沒有設計一套完整的機制。「著作權共用」的參與者，當時是哈佛法學院學生的 Wendy Seltzer 事後表示，雖然理論上這是一個捐贈作品到公共園地的行為，但是當時他們其實沒有想過這樣的宣告到底有沒有法律上的拘束力。[4]

稍候，在 2000 年到 2001 年之間、Hal Abelson、Jonathan Zittrain、Charlies Nesson、Richard Stallman、Jerome Reichman、Eric Saltzman、James Boyle、Eric Eldred、Lawrence Lessig 等人開始認真思考 之前 Eldred「著作權保留地」的構想。一開始的想法是類似土地信托（land trust）的作法，將著作捐贈到公共園地者可以藉此享有稅賦減免。[5] 雖然大家覺這是個很有理想的點子，但是不少人都對其是否可行頗為保留：維護、數位化這些作品都相當昂貴、有長久的經費來源嗎？這些作品足以讓組織回有足夠的現金流維持營運嗎？人們會有動機去捐贈有相當經濟價值的作品嗎？ 稅賦減免構成足夠的動機嗎？比起商業公司促銷與強打的作品，有人會要使用保留地裡的著作嗎？哈佛大學柏革曼中心的主任 Saltzman 更提出了一個與會者都非常關心的疑問：

> 如何讓這個保留地成為有用的公園，而不是具有理想，但卻是不被需要、為人忽略、雜草叢生的智慧財產？[6]

在創意共用的構想在腦力激盪之際，他們所擔心的正是這個塊保留地會不會成為荒原---智慧財產的他者。

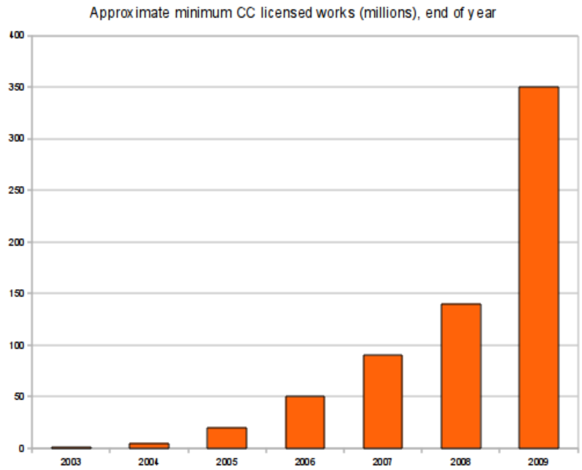
幾經討論，因為集中管理的維運有營運成本的問題，而管理者也必須面臨潛在的法律風險」（如果捐贈的作品後來發現不是捐贈者所有，管理者是否有法律責任？），所以他們決定放棄這個公共園地信托的集中模式，改採 Lessig 力主的分散模式：他們負責設計一套標準與授權機制，開放給世界採用，由末端

[3] David Bollier, Viral Spiral : How the Commoners Built a Digital Republic of Their Own 95-96 (2008).
[4] *Id.* at 95.
[5] *Id.* at 99-101.
[6] *Id.* at 102.(quoting Eric Saltzman).

使用者自行決定如何運用這套機制。這個模式的優點在於至於營運、管理、數位化等成本轉移到使用此一授權機制的個人或組織，而他們只負責設計授權契約與相關機制。 決定了任務與運作方式後，在為此一構想命名的過程，曾被考慮的選項有 IP Commons、 Dot-Commons、Sui Generous、IP Conservancy、Public Works 等。 Constitution's Commons 與 Creative Commons 是最後表決的選項。[7]勝出的當然是 Creative Commons。 Creative Commons，而非帶有濃厚美國色彩的 Constitution's Commons 成為此一構想的正式名稱，其實減少了未來它在國際間推行可能面臨的阻礙。

第二款　創意共用授權的風行

2001 年末得到資金贊助後，美國創意共用組織正式成立。2002 年 12 月總計十一種的創意共用授權條款正式發佈。[8]2004 年 5 月，因為採用未含姓名標示的創意共用授權條款的著作，比例非常少，為了簡化而且避免各授權條款可能的不相容，在新發佈的 2.0 版創意共用授權，不再包含這類的授權條款，因此創意共用授權的核心條款僅餘六種。隔年，美國創意共用組織發佈 2.5 版，3.0 版也在 2007 年 2 月推出。



表三 2003-2009 年終創意共用授權著作總數(百萬單位)
資料來源：美國創意共用組織

[7]See *Id.* at 102-107.

[8]這些授權條款有 4 個共通的授權要素：姓名標示(attribution)、非商業性(non-commercial)、禁止改作(no-derivatives)、相同方式分享(share alike)，可以簡寫為 BY、NC、ND、SA。因為在 1.0 版中，姓名標示，不是必要的條件，而「禁止改作」與「相同方式分享」又不能併存在同一個授權條款(相同方式分享允許改作，但要求改作後的衍生著作必須採用相同的授權方式，與「禁止改作」的前提矛盾)，總共會有十一種排列組合的授權條款：(BY)、(SA)、(ND)、(NC)、(NC-SA)、(NC-ND)、(BY-SA)、 (BY-NC)、 (BY-NC-SA)、 (BY-ND)、 (BY-ND-SA)。

根據美國創意共用組織的資料，2003 年粗估有一百萬筆著作採用創意共用授權，2004 年底約有 470 萬、 2005 年 2000 萬、 2006 年成長為 5000 萬、 到了 2008 有 1.3 億，2009 年更一躍為 3.5 億；這個估計數字是根據 Yahoo 與 Flickr 網路相簿的搜尋結果的數目，因此並不精確。[9]不過其顯示了採用創意共用授權著作數量的快速成長的趨勢。 2008 年到 2009 年間 2.2 億的差距，應該有相當部份緣自維基百科從原本的「通用公眾授權」(General Public License) 改採創意共用授權的「姓名標示-相同方式分享」。事實上，正是在這一年，美國創意共用組織新任的執行長 Joi Ito 在美國創意共用組織出版的新聞通訊中，表示這一年來，隨著授權條款陸續被美國白宮、 維基百科、 耐吉（Nike）、默克（Merck）、YouTube、半島電視台（Al Jazeera）等不同光譜的團體與服務所採用，創意共用已經有了足夠的社群基礎，而堪稱為「全球標準」。[10]

第二項　公共園地的復興和抵抗

Eldred 案的敗訴催生了創意共用組織，但是自 90 年代中期後在美國逐步凝聚的反對智慧財產擴張的動員力量，並不侷限在此一行動。 首先，公共園地的司法訴訟的抗爭仍然持續進行。 除了 CTEA 之外，更早之前，美國在 1989 年為了符合加入伯恩公約的要求，制定了烏拉圭回合協定法案（Uruguay Rounds Agreement Act），法案的 514 條回復了過去因未遵守美國著作權法的形式保護要件而已經進入[11]公共園地作品的著作權。在 *Golan v. Gonzale* 案，第十巡迴法院認為該法案違反第一增補條文，將案件發回下級院；[12]2009 年，Colorado 的地

[9]See http://creativecommons.org/about/history/ (last visited 2010/07/09) . 圖片來源於與計算說明可參 http://wiki.creativecommons.org/Metrics (last visited 2010/07/09).
[10]Joi Ito, *editorial*, Creative Commons Newsletter 2 (Sept. 2009), available at http://wiki.creativecommons.org/Newsletter.
[11]相反地，CTEA 雖然是溯及既往，但是該法案所適用的著作，尚未成為公共園地。
[12]*Golan v. Gonzales* 501 F. 3d 1179 (2007). 在 Eldred 案中，Ginsburg 大法官認為思想/表達二分法與合理使用，作為著作權法內建的言論自由安全閥，原則上已經化解了著作權與言論自由的衝突，而 CETA 因為沒有改變內建此安全閥的著作權法的「傳統樣貌」，所以不需要以第一增補條文進行審查。*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). 而在本案中，第十巡迴法院認為「著作權法內建的言論自由安全閥並不能夠適當保護本案涉及的第一增補條文的利益」，因為，思想/表達二分處理的「乃是個人對思想享有獨占特權後對言論自由的危險」，但是，本案卻是有關表達是

區法院在 *Golan v. Holder* 案將 URAA 的第 514 條判決違憲。[13] 因為經歷 *Eldred* 案的挫敗，對司法部門失望的 Lessig 而言，這無疑是令人振奮的消息，他甚至驕傲地宣稱這是「來自於那個你絕對不可能贏得了的部門」的「大勝利」。[14]

此外，華盛頓特區也不再只有主張保護與擴大智慧財產權的利益團體，2001 年所成立的「公共知識」（Public Knowledge）即以公共園地、合理使用的捍衛為訴求，保障消費者的利益。[15]此外，史丹佛網路與社會中心（Stanford Center for Internet and Society）在 2006 年開始的「合理使用計畫」（The Fair Use Project），也提供創作者在合理使用上的法律律諮詢和訴訟服務，透過釐清與擴大合理使用的範圍，增進創作自由。[16]

另外，也出現了一些草根性質較為濃厚，而以自由文化的促進為宗旨的學生團體。2003 年，當 Diebold 這家公司想要阻止其選舉系統漏洞的文件被散佈

否可以重新受到保護的問題，「思想/表達二分法的設計，本來就不是在決定國會對公共領域中的表達授予有限獨占的作法，是否牴觸了第一增補條文」。針對另一個著作權法內建的言論自由安全閥合理使用，第十巡迴法院指出「合理使用允許對著作特定使用的事實，並不是在 URAA 通過前，利用人可以無限制利用著作的適當替代」，「合理使用在此，並未對言論自由提供額外的『呼吸空間』（breathing space），合理使用的抗辯反而指向 514 條侵害了原告第一增補條文的利益。」第十巡迴法院也認為著作權法的傳統樣貌，並不限於思想/表達二分與合理使用這些言論自由內建的安全閥，倘若著作權法的著作從創作、到著作權保護、爾後進入公共園地的「順序」（sequence）有所變動，仍然構成著作權傳統樣貌的改變，而 URAA 第 514 條將進入公共園地的外國人著作，重新取得著作權，顯然改動了該順序。 *Golan v. Gonzales* 501 F. 3d 1179,1194-1195 (2007). 有關 *Golan v. Gonzales* 一案的美國學界的討論，有興趣者可參 Daniel Choi, *Golan v. Gonzalez: The Stalemate Between The First Amendment And Copyright Continues*, 9 N. C. J. L. & Tech. 219, (2008);Jonathan N. Schildt, *One's Own Speech: First Amendment Protection for the Use of Public Domain Works in Golan v. Gonzales Note*, 58 DePaul L. Rev. 219, (2008);William McGinty, *First Amendment Rights to Protected Expression: What are the Traditional Contours of Copyright Law Symposium: Intellectual Property and Entrepreneurship: Comment*, 23 Berkeley Tech. L.J. 1099, (2008).

[13]*Golan v. Holder*, 611 F. Supp. 2D 1165 (D. Colo 2009)本案美國政府仍會上訴，有關本案的評論，可參 Tyler Ochoa, Ochoa on Golan v. Holder and Copyright Restoration, http://blog.ericgoldman.org/archives/2009/04/ochoa_on_golan.htm (Apr. 6, 2009) (last visited 2010/06/25).

[14]Lawrence Lessig, *from the there's-no-way-in-hell-you'll-win-that-one department*, http://www.lessig.org/blog/2009/04/from_the_theres-no-way-in-hell.html (Apr. 5, 2009) (last visited 2010/06/25).

[15]See http://www.publicknowledge.org/about (last visited 2010/07/05). See also Public Knowledge, http://en.wikipedia.org/wiki/Public_Knowledge, Wikipedia, (last visited 2010/07/05).

[16]See http://cyberlaw.stanford.edu/node/5979, (last visited 2010/07/05).

（該公司的系統為美國許多選舉所採用），因此利用美國 DMCA 的規定，「通知」網路服務業者以及大學網路，要求許多「取下」這些他們認為侵害其著作權的檔案文件時，引起了相當大的反抗；許多美國大學生不顧著作權法的規定，透過串聯在各個校園的伺服器接力轉載、確保公眾可以取得該文件， 而後，Swarhmore 大學的兩位學生，更向 Diebold 向法院提起了著作權濫用的訴訟，並且獲得了勝訴。[17]這場抵抗運動，後來也促成 freeculture.org 後來正式名稱為 Students For Free Culture 的學生團體的成立。該團體在世界各地的大學有數十個分會，不過主要以美國的大學為主 。在其擬定的「自由文化宣言」中，指出：

> 自由文化運動的目的是要建立由下而上、參與式架構的社會與文化，而非由上而下、封閉式的財產架構。透過數位科技與網路的民主力量，所有人都可以擁有創造與散佈、 通訊與合作、教育與學習的工具---有了積極、連結、資訊充足的公民，地球上的壓迫與不正義必然將慢慢地消失。[18]

Students For Free Culture 與創意共用組織、電子前鋒基金會、公共知識都有一定的合作。

第三項　邁向國際的創意共用授權

前述創意共用授權的快速成長，相當原因是其採用者並不限美國一地，而這除了拜網路科技之賜外，也與美國創意共用組織一開始就積極地向美國以外的國家推展創意共用授權有關。 2003 年 4 月，美國創意共用授權條款正式公開沒多久，就發起了總部設在柏林的 iCommon 計畫（後改名為 Creative Commons International, CCi ），找了當地律師 Christiane Asschenfeldt 來主持。該計畫旨在與不同國家的志工團隊合作，將創意共用授權條款在地化，這包括法律、 語言

---

[17] See EDUARDO PEÑALVER & SONIA KATYAL, PROPERTY OUTLAWS: HOW SQUATTERS, PIRATES, AND PROTESTERS IMPROVE THE LAW OF OWNERSHIP 109-121 (2010).

[18] *Free Culture Manifesto* , http://wiki.freeculture.org/Free_Culture_Manifesto (version 1.2) (last visited 2010/07/01)

與程式碼層面等工作。[19]第一個將創意共用授權條款在地化的是日本，在 2004 年 1 月正式發佈。緊接著是芬蘭與德國。在創意共用授權開始在美國以外的其他國家在地化後，2005 年已經有二十一個司法領域在地化，到了 2008 年 8 月則有四十七個司法領域。而今日已有五十三個司法領域有在地化的創意共用授權版本。

2005 年 3 月，在波士頓所召開的「國際共用高峰會」（iCommons Summit），許多來自不同國家的創意共用國際計畫的參與者，鑑於工作上的協調的需要、 而且創意共用有可能形成一個目標更遠大的運動，主張可以成立一個在組織上獨立於美國創意共用組織的非營利圖體。由南非人 Heather Ford 領導，設立於英國的 iCommons 非營利團體就是此種想法下的產物。在 Lessig 原本的想法，美國創意共用組織的角色是在提供自由所需的「基礎建設」（也就是授權條款）而 iCommons 的定位則是在彙集有類似理念的運動者將自由文化形成一個全球性的運動。[20]iCommons 的參與者的確也不限於各國創意共用計畫或組織的成員，還包括自由軟體的社群、熱衷於公民新聞的部落客、音樂家與製片人等。不過，iCommon 的理念為何，卻引起了不少人的質疑。 在 2006 年的 iCommons Summit 的會議上，當面臨希望有更正式的組織架構與明確的理念時的質疑時，Lessig 的回應是：比起僵化的規則和體制，他覺得彼此的信賴，是更好的作法，「我們需要承認我們有共通的目標。別告訴我，我需要告訴你那是什麼，因為我們永遠不會有共識，但是我們的確有共同的目標」; 對 Lessig 而言，創意共用授權並非在告訴你自由應該是如何，而是在提供工具協助達成你所相信的自由。[21] 爾後，iCommons 在 2007、2008 年繼續舉辦 iCommons Summit。不過，2008 年 8 月 iCommons 一次委員會議，該組織有所轉型，原本部份的工作擬定由南非的「非洲共用計畫」（African Commons Project ）所接手，[22]其原有的社群聯絡與行動的色彩似乎不再，而轉為以公共政策為導向的非營利團體，近期的活動是參與開放影片聯盟的活動，探討線上影片的未來。

---

[19]See http://wiki.creativecommons.org/International_Overview (last visited 2010/07/01)
[20] Lawrence Lessig, *CC in Review : Lawrence Lessig on iCommons*, http://creativecommons.org/weblog/entry/5700 (Nov. 16, 2005) (last visited 2010/07/12)
[21]See Becky Hogge, *What moves a movement*, openDemocracy.org http://www.opendemocracy.net/media-commons/movement_3686.jsp (June 6, 2006) (last visited 2010/07/08)
[22]Heather Ford , *A Key Change at iCommons*, http://lists.ibiblio.org/pipermail/icommons/Week-of-Mon-20080825/001421.html (last visited 2010/06/22).

可能因為 iCommons 的轉型，2009 年以後，原本每年召開的 iCommons Summit 並未再舉辦。不過各國創意共用計畫或組織，在區域上的聯絡似乎反而有加強的趨勢。在 2006 年的 iCommons Summit，一群亞太區域的創意共用運動的參與者就開始有「亞太共用」(Asia Commons) 的構想，希望可以連結亞太地區創意共用計畫或組織。[23]

第一次 Asia Commons 的研討會議於 2008 年的台北舉行。爾後，2009 年在菲律賓的馬尼拉的亞太區域創意共用會議，正式通過了「行動計畫聲明」(action plan statement) ，決議除了要共同努力協助創意共用授權，導入尚未在地化的區域外、也要尋求資金的贊助，成立亞太地區的創意共用組織。[24]2010 年的區域會議在韓國漢城召開。 除了年度會議，Creatvie Commons Asia& Pacific 也固定發行聯絡通訊。目前總共有十九個司法領域的成員參與，包括日本、台灣、澳洲、 南韓、馬來西亞、越南、中國、香港、 印度、約旦、亞美尼亞、阿賽拜疆、喬治亞，而敘利亞、 印尼、孟加拉也即將完成創意共用授權的在地化。

第四項　運動？推廣？台灣「創用 CC」的發展

2003 年仍稱作 iCommon 的 CCi （ Creative Commons International ）計畫開始不久後，因為李士傑和陳舜伶告訴中央研究院資訊科學研究所的研究員莊庭瑞，創意共用這個由 Lessig 教授發起的組織，正在徵求世界各國的夥伴，將剛發展出來的創意共用授權條款，以「在地化」的方式引進到不同的國家。[25] 於是，在涉入自由軟體相關計畫甚深，而本身是資訊科學專長的莊庭瑞的戮力推動下，自 2003 年 11 月始，中央研究院資訊科學研究所成為為 Creative Commons 在台灣的 iCommons 計畫 （ Creative Commons Taiwan ） 的合作機構，進行 Creative

[23]Dominick Chen, *What is Asia Commons,* http://archive.icommons.org/articles/what-is-asia-commons, iCommons.org (Jun. 17, 2007) (last visited 2010/07/11)
[24]Action Plan Statement, Creative Commons Asia-Pacific Newsletter (June 5, 2010) (last visited 2010/07/01) , available at http://cc-asia-pacific.wikidot.com/commonscrossroads
[25]莊庭瑞，<台灣「創用 CC」計畫的過往與展望>，《創用 CC 電子報》，第 11 期，2007 年 3 月。

Commons 授權條款的翻譯及公開討論 。[26]2004 年 9 月台灣在地化的創意共用授權條款正式發佈（但 1.0 版的創意共用授權並未在地化）。不過此時 Creative Commons 在台灣仍然沒有正式的本地譯名，「創意共用」、「創意公眾」、「創作共用」、「創作共享」都不乏人使用；2005 年 10 月，在一次會議中，決定將「Creative Commons」在台灣的名稱譯為：「創用 CC 」，根據台灣創用 CC 計畫的說明，其中的「創」字有「創作」、「創造」、「創意」的意涵，而「用」則代表「使用」、「公用」、「共用」等意義。[27]

台灣創用 CC 計畫的資金來源是中研院資訊科學研究所，因此是間接來自於政府出資的學術研究機構。或許因為不是民間的非營利團體，其計畫主持人莊庭瑞，雖然認知到台灣創用 CC 計畫的工作，除了在授權條款的推廣與在地化和持續更新維護，也可能涉及「自由文化」的許多議題，包括現行著作權體制的反思、著作權法修法方向的表態、甚或對政府「資訊公開」等相關公民社會議題的發聲，但是，他認為雖然「CC 在某種層面上已經是社會運動的議題，在政府出資的研究單位下面對這些議題，有時也令人感到有點尷尬」。[28]事實上，在破報一篇批判著作權體制的專題文章中，台灣創用 CC 計畫也表示：由於目前為中研院資訊所下的計畫，作為社會運動的推動者可能並不合宜，「[對創用 CC 而言] 政治參與是一個開放選擇......但是還是比較傾向提供服務。」[29]

其實，台灣雖然有許多著作權仲介團體 、以及諸如「商業軟體聯盟」（Business Software Alliance）)與「財團法人台灣唱片出版事業基金會」（其為 IFPI 在台灣的會員）這類反盜版軟體與盜版音樂的非營利組織，但是站在光譜另一端，具有抵抗智慧財產色彩者，除了自由軟體運動的社群之外，其他的非營利團體、學會都付之闕如。至於一般性的非營利組織，例如在台灣商業媒體時常曝光的消費者文教基金會，似乎也未曾就智慧財產權對消費者權益的影響，有所批評。相較於自由軟體在台灣還有相當社群基礎，而美國的創意共用組織也有類似 Students For Free Culture 這類立場相近的學生團體，創意共用在台灣

---

[26] 參見 http://creativecommons.org.tw/static/about/cctw (最後拜訪日：2010/06/22)

[27]同前註。

[28]莊庭瑞，<台灣「創用 CC」計畫的過往與展望>，《創用 CC 電子報》第 11 期，2007 年 3 月；趙柏強，<華文地區團隊訪談>，《創用 CC 電子報》第 39 期，2009 年 7 月。

[29]陳韋綸，<廣播從客運公車上消失之後—談著作權之合理使用及難以為用>，《破報》復刊第 534 期，2008 年 10 月 31 日， http://pots.tw/node/1217. (最後拜訪日：2010/06/23)

「由下而上」的力量其實相對薄弱。 相反地，除了台灣創用 CC 計畫在組織上還是在學術機構之下以外，創意共用授權在台灣其他的主要推動者都是政府機關，「由上而下」的政策色彩相當濃厚。2009 年 1 月成立的「教育部全國創用 CC 諮詢中心」[30]，以及 2008 年下半年開始，經濟部智慧財產權局與無名小站等部落格業者合作推廣創意共用授權的一連串活動，基本上都帶有「推廣」的性質。 這並非認為「推廣」，不可能成為意識覺醒與抵抗的契機，但是，因為政府機關以及主事者態度的不同，原本就被批評意識型態模糊的創意共用授權，很有可能變得與宣導智慧財產權的活動相差無幾。 此外，政府對創意共用授權的推廣，也是從產業政策而非法律革新的角度來思考。 例如，行政院國家資訊通信發展小組的第 82 次工作會議的決議，即著眼於「公眾授權機制對數位內容的加值應用有其重要性」，所以開始分階段地在教育體系、館藏單位、政府部門推行創意共用授權。[31]這其實是立於發展數位內容產業下的政策思考，而非批判既有體制的運動。簡言之，台灣的創意共用授權，因為政府的介入與主導，其「推廣」與「產業政策」的面向遠多過於「運動」或「法律改革」的訴求。 而這是我們在觀察台灣的「創用 CC」以及其與智慧財產論述的關係時，需要考量的因素。

[30]參，http://isp.moe.edu.tw/ccedu/index.php (last visited 2010/07/12) 但是，在此之前，教育部已經長期在教學領域推廣創意共用授權。

[31]行政院國家資訊通信發展小組，NICI 第 82 次工作會議，2007 年 4 月 26 日 http://www.nici.nat.gov.tw/content/application/nici/meeting/guest-cnt-browse.php?cntgrp_ordinal=1002002100610011&cnt_id=2349 (最後拜訪日 2010/07/01)

第二節 在拆解與鞏固之間：智慧財產論述與創意共用

第一項 作者、中介人與創意共用授權

自從 1999 年 Napster 透過點對點檔案分享技術，讓素昧平生的使用者可以輕易地彼此分享音樂以來，網路上未獲授權的分享行為，一直被美國錄音工業協會（Recording Industry Association of America, RIAA）指控為侵害作者財產的海盜行為。這場爭論中，RIAA 自視為作者的代理人，以作者為象徵，訴求他們的利益來攻擊對手、 並且以此教育消費者，儘管如此，這場爭議的真正問題，如 Gillespie 所言，其實是在於「散佈」，亦即文化作品由誰來散佈，為了什麼目的散佈，而 RIAA 訴諸「作者」的論述，反而遮蔽了問題的核心。[32]雖然資料顯示音樂表演者在美國的音樂市場，無論是實體光碟或線上付費音樂，都是處於最為邊緣的地位，[33]但是，這並不妨礙 RIAA 訴諸作者利益的保護。如果我們把視角拉回過去，十七世紀末至十八世紀初，英國的執照法案失效後，倫敦的書商在遊說英國國會，為了恢復其書籍貿易享有的法律獨占地位的努力，對英國國會所進行的遊說，也採取了同樣的策略，並且促成了通常被認為是「作者權法」的安妮法案的成立。 以保障作者權利與鼓勵創作為訴求，來掩飾中介人的利益和角色，一直都是智慧財產論述的重要元素。

創意共用的概念在成形之際，點對點檔案分享已受到美國公眾高度關注的。相當程度而言，創意共用也是受到這場爭論所影響而誕生的產物。[34]不過，創意共用並沒有放棄作者權利的論述，而是在認同此一權利的前提下，將自己定位為「中介工具」。[35]在不少對外的文宣中，創意共用組織都相當強調網路科技帶來的去中介化的優點，並且將自我定為協助作者和使用者的溝通橋樑，藉此跳過

[32]TARLETON GILLESPIE, SLEIGHT OF HAND : LAW, TECHNOLOGY, AND THE MORAL DEPLOYMENT OF AUTHORSHIP IN THE NAPSTER AND DECSS COPYRIGHT CASES (Ph.D. DISS., University of California, 2002).

[33]就美國的音樂市場而言，音樂光碟的部份，音樂演出者差不多得到總收益的百分之九，唱片公司百分之四十六、 零售商百分之四十五；如果是線上付費音樂服務，唱片公司得到百分之六十八的營收，線上服務的技術提供者百分之十五，音樂演出者百分之八，**信用卡公司則是百分之九，比音樂表演者分配到的收入還多一個百分點！** See WILLIAMS PATRY, MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS 118 (2009)(citaion omitted).

[34]See BOLLIER, *supra* note 11 at 97-98.

[35]有關創意共用與新中介者的觀察，可參 Michael W. Carroll, *Creative Commons and the New Intermediaries*, 2006 MICH. ST. L. REV. 45 (2006).

傳同的「中介者」（唱片公司、律師等）。[36] 2007 年十二月所推出的 CCplus 的服務，也是反應類似思維。CCPlus 是一種程式的協定，透過這種協定，可以方便網站的經營者或著作人，讓使用者著作的創意共用授權條件的範圍之外，額外付費取得授權。[37] 在 CCplus 正式發佈之日，當時仍是創意共用組織執行長的 Lessig 表示：「想像你所有在 Flickr 上的圖片都是以『姓名標示-非商業性』和全世界分享，CC+不僅讓你繼續提公眾非商業性的使用，同時也讓你有一個更簡單的方法，向想要將著作用於營利用途的人，收取商業授權費用。」[38]

創意共用、作者與中介者三者間的關聯在台灣也受到相當關注。雖然是個巧合，但在台灣創用 CC 計畫於 2005 年底正式開始後所辦的座談會的前一天，正好是法院台灣 IFPI 告 Kuro 一案，法院宣判 IFPI 勝訴的日子。座談會中該案自然成了熱烈討論的話題，作為與談人中唯一的藝術創作者，朱約信（豬頭皮）這麼評論這件事：「IFPI 勝訴是不是就代表台灣音樂界受到保障？是否 Kuro 勝訴就代表創作者權利被剝削？.....IFPI 如果勝訴，跟保障著作權這件事根本是兩碼子事。著作權修改得再怎麼完整，跟創作者權利受到保障，也是兩碼子事」。[39] 其實，這種著作權的保護，與作者所獲得好處之間的落差，也是創意共用授權在論述上相當強調的重點。本身也是「台灣創用 CC 計畫」成員之一的辜雅蕾，在他所撰的《從賦權（empowerment）的概念淺談文化工作者使用創用 CC 授權》，她引用 Shapiro 的說法，指出網際網路等新興科技，賦予個人得以規避諸多中介人而由自己來決定的權力。而她認為文化工作者，選擇使用創意共用授權釋出自己的作品，正是延伸自數位科技「去中間化」的特質，可以為文化工作者在社會上、經濟上與文化上帶來某種程度的賦權效果。[40]此處，我們可以看見辜雅蕾非常強調創意共用授權對作者自主性的賦權，這其實相當程度反應了創意共用

---

[36]See for example *Get Creative: Begin , Origin and Adventure of Creative Commons Project,* http://mirrors.creativecommons.org/getcreative/ (Sep. 3, 2004)(last visited 2010/06/25) .

[37]See http://wiki.creativecommons.org/CCPlus (last visited 2010/06/25).

[38]Eric Steuer, *Creative Commons Launches CC+ and CC0 Programs*, http://creativecommons.org/weblog/entry/7920 (Dec. 17, 2007) (last visited 2010/08/11).

[39]吳惠如、莊庭瑞(紀錄整理)，<著作權法的舊命題 面臨數位時代的新挑戰 --- Creative Commons Workshop 座談會>，《當代》第 219 期，2005 年 11 月，頁 93。主持人為劉孔中、與談人為邵瓊慧、莊庭瑞、劉靜怡、朱約信。

[40]這三個層次分別是：在社會上，因為沒有中間商的控制，所以在表現自己的作品的自主性提高了；在經濟上，有可能透過「非商業性」條件的限制，取得可能的商機與授權收入；而在文化上，越多的著作人採用創意共用授權，可以放心改作或是取樣音樂的內容就愈多，這也有助於文化上的多元性。辜雅蕾，<從賦權（empowerment）的概念淺談文化工作者使用創用 CC 授權>《創用 CC 電子報》第 25 期，2008 年 5 月。該文亦發表於發表於南華大學傳播管理研究所舉 辦的「傳媒的公共性與產業發展學術研討會」發表，並收錄該論文集中。

組織的自我定位以及其論述策略。

作為中介工具，創意共用授權與各國既有的著作權仲介團體有相當的衝突。由於著作權仲介團體的發展已有一段時間，各國都已有相關的規範或慣行。例如有些國家的著作權仲介團體不僅是會員自願授權，而且仲介團體僅能與會員簽訂非專屬授權（美國）；有些國家則就專屬授權的簽訂並無限制，有些國家則採取強制集團管理的方式。[41] 與著作權仲介團體的關係，因此是創意共用授權在各國在地化所碰到最棘手的問題之一。 就台灣的情形而言，吳宗樺律師即指出台灣仲介團體因為多僅提供會員專屬授權的契約方式，因此，著作人一旦加入仲介團體，就無法採用創意共用授權允許他人就非商業性的目的無償地使用其著作，而這使得著作人必須面對非此即彼的選擇。[42]

不過，在仲介團體只能和自願參加的會員簽訂非專屬授權的美國，創意共用授權顯然造成了一定的威脅。2010 年，「美國作曲者、作家、出版協會」（American Society of Composers, Authors and Publishers , ASCAP）向協會會員表示需要大家的小額捐款成立「ASCAP 藝術立法基金」（ASCAP's Legislative Fund for the Art）， 原因是：此際，我們面臨最大的挑戰，許多諸如創意共用、公共知識、電子前線基金會等團體，為了破壞我們的「著作權」（copyright），正在動員力量鼓吹「著佐權」（copyleft），傳遞我們的音樂應該免費的觀念，而

> 這是為什麼你的幫助至關重要。我們擔心我們的對手會影響國會，作出**不利於音樂創作者利益**[的立法]。 如果任由他們的看法獲得支持，隨著傳統媒體轉往線上與無線服務，**音樂創作者將會發現他們的生活日趨艱困**。[43]

這與十八世紀為了要恢復過去執照法案下的印刷特定書籍的法律獨占地位的倫敦書商，採取的論述策略幾無二致。 不過，這一次作者不一定與中介人站

[41]參王珮儀，<創用 CC 授權之法律理論與實務分析>，台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2008 年，頁 219-225。

[42]吳宗樺，<論以創用 CC 授權之著作另外授權台灣著作權仲介團體管理之可行性>，《創用 CC 電子報》第 17 期，2007 年 9 月。

[43]See http://twitpic.com/1zai6e (last visited July 3, 2010). 粗體為本文所加。

在同一邊，似乎不少 ASCAP 的會員對 ASCAP 攻擊創意共用組織的行為，以及信件中的訴求並不認同。[44]Mike Manick 更認為 ASCAP 指控「給創作者更多選擇與更多商業模式和散佈的選項」的創意共用組織會對創作者不利，差不多已經讓 ASCAP 完全喪失可信度。[45]而美國創意共用組織也很快地就此作出回應，表示創意共用授權是作者的自願決定，而諸如 Nine Inch Nail 等採用創意共用授權的音樂工作者，更沒有停止藉由音樂賺錢的打算，ASCAP 的指控有誤導之嫌。[46]

我們可以發現，創意共用組織選擇與作者結盟，訴諸挑動中介者與創作者之間利益矛盾的策略，的確為其獲得了不少作者的認同，而這也是它短時間內為許多作者所採用的原因之一。透過這種方式，創意共用避免了英國過去十八世紀下半葉公共園地誕生後，得不到新浮現的職業作家認同，而節節敗退的窘境。將自己定位為中介工具，訴求作者的自願選擇的「保留部份權利」，為創意共用授權找到了成長的力量。 若以智慧財產論述的相互關係而論，創意共用授權並沒有挑戰作者權利的論述，它反而是以此為前提下，挑戰在智慧財產論述往往被掩蓋的中介者與作者的利益矛盾。不過這種「認同中的抵抗」的策略，因為他訴諸的是作者的自願選擇，一方面又強調作者對其作品的權利，它其實是一種走在鋼鎖上的抵抗，一不小心就會陷入智慧財產論述的密網裏。

---

[44]See Mike Masnick, ASCAP Members Pissed Off At ASCAP's Attack On Creative Commons, TechDirt, June 28, 2010, available at http://techdirt.com/articles/20100627/0142469971.shtml (last visited July 3, 2010).
[45]Mike Masnick, ASCAP Claiming That Creative Commons Must Be Stopped; Apparently They Don't Actually Believe In Artist Freedom, TechDirt, June 25, 2010, available at http://www.techdirt.com/articles/20100624/1640199954.shtml (last visited July 3, 2010).
[46]Eric Steuer, *Resoponse to ASCAP's deceptive claim*s, Creative Commons, June 30, 2010, available at http://creativecommons.org/weblog/entry/22643?utm_source=ccorg&utm_medium=postbanner (last visited July 3, 2010).

第二項 與智慧財產論述共謀？創意共用授權與財產權意識

第一款 貌合神離---自由文化與創意共用授權

在可以視作創意共用運動宣言的《自由文化》這本書，Lessig 為自由文化（free culture）下的定義是：它的的自由不是「免費啤酒」的自由，而是「言論自由」的自由（free as in free speech not as in free beer），是「一個在無政府與控制狀態間的**平衡**」；而與自由文化相對者，則是「允准文化」，那是一個創作者只有在獲得有權者，或者過去的創作者的允准後，才能動手創作的世界。[47]對 Lessig 而言，美國正走向前所未有的允准文化。 為了扭轉這樣的走向，他認為相對於「他們」國會的立法，創意共用授權是「我們」所可以採取的行動---「其目標是在當今極端的體制之上，建構一層合理的著作權」，讓人們在全有和全無的極端中，可以表達自己的意願。[48]

台灣創用 CC 計畫的網站對創意共用的理念的說明，[49]還有該計畫第一版的文宣手冊「權利不變、創意無限」，基本上也是重複上述 Lessig 的說法。[50] 不過， Lessig 雖然宣稱《自由文化》是一本 Richard Stallman《自由軟體、自由社會》的「衍生著作」，[51]而他有關自由與免費的區辨，也是借用自 Stallman 對「自由軟體」（free software）的「自由」的說明，但是，相對於 Stallman 清楚地界定了自由軟體所必須的四種自由，[52]Lessig 在《自由文化》一書中，除了將自由文化定義為一個在無政府與控制狀態間的「平衡」之外，並沒有非常清晰的說明。

---

[47]LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: THE NATURE AND FUTURE OF CREATIVITY xiv-xvi (2004).
[48]*Id.* at 282.粗體為原文所加。
[49]參見 http://creativecommons.org.tw/static/about/cc，（最後拜訪日 l2010/07/02).
[50]莊庭瑞等，《權利不變、創意無限》（台北：中央研究院資訊科學研究所，第一版），頁 3 。
[51]*Id.* at xv.
[52]The Four Freedoms are : The freedom to run the program, for any purpose (freedom 0). The freedom to study how the program works, and change it to make it do what you wish (freedom 1). Access to the source code is a precondition for this. The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor (freedom 2). The freedom to distribute copies of your modified versions to others (freedom 3). By doing this you can give the whole community a chance to benefit from your changes. Access to the source code is a precondition for this. Richard Stallman, *Free Software Definition*, *in* FREE SOFTWARE, FREE SOCIETY : SELECTED ESSAYS OF RICHARD M. STALLMAN , 43 (Johsua Gay ed., 2003). Lawrence Lessig 亦為該論文選集作序。

不過，如果我們細究 Lessig 後來一系列的著作，他對自由文化的想像，應該近於他在「重混」（Remix）一書，在「業餘創意的去管制化」的立法建議：

	重製物(copies)	重混(remix)
職業	©	© / 自由
業餘	© / 自由	自由

「重混」（remix）這個概念，Lessig 在這部份所指涉的是某人將他人的創作混合自己的創意與其所處文化元素，創作出新的作品。須注意的是，他的去管制是指「自由使用」（free use），而非仍受管制但有可能構成「合理使用」的情況。[53] 在這個表格中，我們可以看見對於 Lessig 而言自由文化的想像應該指得是業餘重混的完全自由，而「職業-重混」與「業餘-重製物」則僅須部份管制。換言之，對 Lessig 而言，「自由文化」應該是近於他所定義的「讀寫文化」（Read-Write Culture）---人們可以自由重混文化的素材。「讀寫文化」是 Lessig 所創的術語，代表重混與實作的精神，與之相對的，則是二十世紀大眾媒體宰制下的「唯讀文化」（Read- Only Culture），消費者只能單向地接收。[54]

重混的精神似乎也是台灣創用 CC 計畫相當注重的理念。莊庭瑞向公眾介紹創意共用授權的理念時，常常以「重混」的例子為開端。他會先舉出藝術家杜象改作「蒙娜麗莎」，為她添上兩撇鬍子的畫作為例，表示創作很少是從無到有，所有的創作無非都是「重混」，著作權法的過度管制反而會阻礙此過程。[55]

不過，如果創意、知識、生活本身就是一種「重混」，[56]而「重混」也是自由文

[53] Lawrence Lessig, Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy 254-257 (2008).
[54] See *Id.* at 23-114.
[55] 參郭晏銓、莊庭瑞，<當「Remix Culture」遇上「All Rights Reserved」: CC Party「數位藝術創作者與 CC 座談會」記實>，《典藏今藝術》，第 159 期，2005 年 12 月，頁 162。在其他場合，我也聽過莊庭瑞老師同樣的講法。
[56] Lawrence Lessig, *(Re)creativity : how creativity lives*, *in* Copyright and Other Fairy Tales (Helle Porsdam ed., 2006).

化的核心意涵， 是「創意共用的願景」，和「我們要走向的方向」。[57] 六種創意共用的核心授權條款中，卻有兩種條款設有「禁止改作」的條件，而這與「自由文化」的重混理念並不相符。依照 Lessig 的對自由文化的看法，業餘的重混應該是完全不受管制的「自由使用」， 但是，創意共用組織的「姓名標示-非商業性-禁止改作」授權條款，卻反而協助了權利人去限制此種自由。 Alex Bosworth 這位任職於 SourceLab 這家開放原始碼軟體的程式管理人員，在 2006 年時即以 Flickr 網路相簿上有超過三分之一創意共用授權的照片都不允許改作為例，認為「創意共用的主要問題...在於大多數創意共用授權的內容根本無法重用」。[58]

Anna Nimus 甚至認為 Lessig 在公開場合以 DJ Danger Mouse 所創作的 The Grey Album 為例，打著重混（remix）的理念來宣傳創意共用授權的作法，[59]極不誠實（extravagant dishonest）。[60]Nimus 的指控相當嚴厲，不過，值得注意的是，Richard Stallman 在 2006 年初也曾公開表示，他將不再支持創意共用，因為大多數人都將各種不同的創意共用授權條款混為一談，好似它們是一種授權條款，「這就好比因為舊金山與死谷都在加州，就認為它們的天氣相近」，所以即使他支持「部份的」創意共用授權條款，但因為部份支持很容易被誤解為對全部的創意共用授權條款的空白背書，他覺得有必要完全撤回他的支持。[61]

在前述表示不再支持創意共用的聲明中，Stallman 特別提及「取樣授權」與

[57]Lawrence Lessig, *The Vision for the Creative Commons : What are We and Where are We headed ?*, *in* OPEN CONTENT LICNESING : CULTIVATING THE CREATVIE COMMONS (Brian Fitzgerald ed., 2007).
[58] Florian Cramer, *The Creative Common Misunderstanding,* http://www.noemalab.org/sections/ideas/ideas_articles/cramer_cc_misunderstanding.html, (Oct 8, 2006) (last visited 2010/07/07) (quoting Alex Bosworth).
[59]Grey Album 是 Danger Mouse 重混 Jaz-Z 的 Black Album 與披頭四的 White Album 的創作專輯，推出後立刻在網路上廣為散佈並大受歡迎，且被 The New Yorker 與 Entertainment Weekly 提名為最佳專輯。儘管如此，因為 Danger Mouse 完全未就其重混的材料取得授權，因此 White Album 的著作權人 EMI（當然不是披頭四或其後裔）要求 Danger Mouse 與其經銷商不得再散佈，這引起了由 Downhhill Battle 所領導的「灰色星期二」（Grey Tuesday）的「非法」抵抗運動，在 2004 年 2 月 24 日這一天數百個網站同時公開散佈該專輯，僅僅一日的下載數目就超過十萬。See The Grey Album, http://en.wikipedia.org/wiki/The_Grey_Album , Wikipedia (last visited 2010/07/10)
[60]Anna Nimus, Copyright, *Copyleft and the Creative Anti-Commons*, SUBSOL http://subsol.c3.hu/subsol_2/contributors0/nimustext.html (2006) (last visited 2010/07/10)
[61]Anupam Chander, *Richard Stallman Critiques Creative Commons,* http://www.chander.com/2006/03/richard_stallma.html (Mar. 18, 2006) (quoting Richard Stallman)

「開發中國家授權條款」[62]，因為大部份的創意共用授權條款都允許任何人從事非商業性的重製，但這兩種授權條款對此種自由卻有所限制。[63] Lessig 對此事的回應是「複製的自由」固然重要，但不是在所有的脈絡中都是重要的自由，至少在它對其他的自由的實現與需求有所妨礙時，即屬如此。[64]不過，一年多後，創意共用組織改弦易轍，將這兩種授權條款「退休」，不再予以更新與維護。Lessig 對此的解釋有二：(1)務實的理由：這兩種授權條款的使用率非常低，而創意共用組織希望授權條款的種類不要太過複雜 (2) 原則的理由：「開發中國家授權」與開放近用（open access）的理念有所違背，因為不是任何地方都可以近用該資源；另一方面，「取樣授權」不符合最低程度應該享有的自由—非商業性的重製。[65]

雖然 Boiller 認為將前述兩種授權條款「退休」的決定，代表創意共用組織願意回應自由軟體與開放近用運動者的關切，[66]但是以「任何人皆可從事非商業性的重製」作為創意共用授權的核心自由，並沒有解決部份的創意共用授權條款和以重混為理念的自由文化有所扞格的問題。 一定程度而言，這反而是一種以以消費者近用為核心的「唯讀文化」的表現，而不是 Lessig 一再強調的「讀寫文化」。甚至，它反而讓創意共用授權的「自由」，更像是「免費啤酒」的「自由」而不是「言論自由」的「自由」。[67] 或許，這也是為何 Dusollier 批評創意共用授權的意識型態

---

[62]「取樣授權」允許改作行為但禁止重製，「開發中國家授權條款」雖然允許改作與重製且不限於非商業性使用，但必須是是開發中國家的人民才可享有此自由。

[63]須注意的是，Stallman 雖然特別提及這兩種授權條款，但不代表他就「完全認同」其餘的創意共用授權條款 。 最符合 Stallman 理念的應該是創意共用授權「姓名標示-相同方式分享」，這種授權條款除了因為非針對電腦軟體，所以沒有開放原始碼的要求，大致上符合自由軟體的「自由」的定義。 事實上，在 2008 年維基百科要從 GNU 自由文件授權，轉換為創意共用「姓名標示-相同方式分享」的過程中，Richard Stallaman 也表示支持，因為他相信創意共用組織會信守其任務維護此一授權條款。Scott Carpenter, Richard Stallman supports Creative Commons. Do you?, http://www.movingtofreedom.org/2008/12/04/richard-stallman-supports-creative-commons-do-you/, (Dec 4, 2008) (Last visited 2010/07/07) (quoting Richard Stallman).

[64]Lawrence Lessig, *CC in Review : Lawrence Lessig on Important Freedoms*, http://creativecommons.org/weblog/entry/5719 (Dec 7, 2005) (last visited 2010/07/07). Lessig 的回應早於前述 Stallman 公開表示不再支持創意共用的聲明，這是因為在此之前 Stallman 即有向創意共用組織表達過其不滿。Lessig 寫得這篇文章，也提及這是 Stallman 的批評。

[65]Lawrence Lessig, *Retiring standalone DevNations and one Sampling licnese*, http://creativecommons.org/weblog/entry/7520, (June 4, 2007) (last visited 2010/07/07).

[66]BOLLIER, *supra* note 3 at 199.

[67]有人可能會反對這樣的說法，以為採用創意共用授權的著作，不代表沒有想要取得報酬，更何況權利人可以透過「非商業性」的條件，就商業性的利用取額外收取費用。我完全贊同。但是，這不影響將創意共用授權定性為免費授權，就像提供「免費啤酒」的小吃店，也可以透過其他的服務或加值來獲取利潤。

是使用者對著作的近用，應不受限制而且不必付費，讓使用者成為屋子的新主人。[68]

不過，公共園地的誕生，原本就與強調買書人利益與便宜的知識學習的反獨占論述有關。 因此，以復興公共園地為職志的創意共用授權，會強調使用者的近用利益，相當自然。 再者，免費的著作，只要創作者有足夠誘因生產，由於著作使用的效益不像實體財產會互相排擠，越多人可以近用，對社會的整體利益也就愈高。 知識的免費近用對窮人的意義更是重大，有助於解決不平等的世代複製。 所以，真正的問題不在於免費，而在於創意共用組織提供的授權選項，與其宣稱的自由文化並不相符。 使用者是進駐了這棟房子，但是，創意共用授權並沒有挑戰原來的主人對他的「私宅」的控制，「作者」從來都還是創意共用所想像的「主人」，使用者可以進入作者的「私宅」，只是因為他得到了作者的同意。

第二款 作者的「自由」文化：工具、私有財產與創意共用授權

2005 年，為了協助創意共用組織第一次的公開募款，Lessig 撰寫了一系列的公開信說明創意共用授權的起源與目的。 他指出：創意共用組織提供免費的授權條款，讓「藝術家、作者、教育工作者、研究人員可以使用[這些]著作權條款，向世界宣告他們著作所蘊含的自由」，是「偷」自 Stallman 成立的「自由軟體基金會」（Freedom Software Foundation）的想法。[69] 不過，Lessig 撰寫此信時，「開發中國家授權」及「取樣授權」還沒有退休，創意共用授權條款並沒有任何共通的自由，而這與 Stallman 認為可以稱之為自由軟體者，都必須包括四種自由的作法大相逕庭。事實上，當時創意共用授權條款唯一共通的「自由」，是作者選擇如何控制作品的「自由」。而如同 Benjamin Mako Hill 所言，這絕對不是自由軟體所指稱的「自由」。[70]

---

[68]Severine Dusollier, *The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright*, 29 COLUM. J.L. & ARTS 271, 288 (2005).
[69]Lawrence Lessig, CC in Review: Lawrence Lessig on Supporting the Commons, http://creativecommons.org/weblog/entry/5661 (Oct. 6, 2005) (last visited 2010/07/01)
[70]Benjamin Mako Hill, *Toward a Standard of Freedom: Creative Commons and the Free Software Movement*, http://mako.cc/writing/toward_a_standard_of_freedom.html (July 29, 2005). 據 Hill 的說法，Lessig 亦曾如此介紹創意共用授權：「給予創作者去決定他們著作如何使用的自由」。

不過，無論是美國創意共用組織，或者台灣創用 CC 計畫，這種「自由」在對外介紹創意共用授權的論述中，都扮演著相當重要的角色。 例如 " Get Creative: Begin , Origin and Adventure of Creative Commons Project " ，這部美國創意共用組織為了推廣創意共用授權所繪製的動畫，我們就可以看到這樣的論述策略。這部動畫影目前也是美國創用 CC 組織「關於：什麼是創用 CC」下的自介影片之一。[71]台灣創用 CC 計畫過去也將其重新翻譯配音，作為宣傳影片。[72] 動畫講了一個音樂重混的故事，重混音樂專輯的創作者一開始並沒有得到原作者的同意，這在美國著作權法是非法的行為，但因為原作者後來同意了這樣的重混，一切可能的法律問題乃迎刃而解。[73]值得注意的是，故事講完，它的「道德教訓」不是美國著作權法對音樂取樣與重混的規範的不合理，反而是：

如果他們（作者）並不介意，為什麼我們不可以這麼做？

在這之後，動畫開始介紹美國著作權法改採創作保護主義，雖然著作權取得變得容易，卻沒有一個方法讓著作人表達其意願，告訴人們他其實歡迎特定的利用行為，而「創意共用則是在幫助人們告訴全世界，他們歡迎一定的著作使用方式」，「它協助你保留著作權，同時並且同意世界的其他人在特定條件下可以作特定使用」。 其亦特別強調：**「CC 不是要與著作權競爭，而是作為一種補充」**。 在最後所鉤勒的願景，它指出創意共用授權可以讓人人們「發揮網路的力量去尋找可以自由分享與再創作的作品，也可以邀請別人來轉換與分享你的著作」，而**「這皆不需要取得同意，因為同意已經事先被給予了」**。[74]

[71]See http://creativecommons.org/about/what-is-cc (last visited 2010/08/08)
[72]獲得創造力：Creative Commons 授權計畫的源起與冒險，http://creativecommons.org.tw/plugin/attachments/HomePage/tw_Get_Creative.swf (最後拜訪日 2010/07/01)。
[73]這是真實的故事，原本的專輯是 White Stripes 樂團的 White Blood Cell，Steve 將其重混後以 Redd Blood Cell 發行，參 http://www.reddkross.com/features/RBC/ (最後拜訪日 2010/07/14)
[74] *Get Creative: Begin , Origin and Adventure of Creative Commons Project* http://mirrors.creativecommons.org/getcreative/ (Sep. 3, 2004)(last visited 2010/06/25). 粗體為本文所加。Script available at http://mirrors.creativecommons.org/getcreative/cc.getcreative.script.txt (last visited 2010/06/25) 我的翻譯是直接根據英文版本，而與台灣的翻譯版本有所不同。

在台灣創用 CC 計畫所編，經濟部智慧財產權局亦有參與的「權利不變、創意無限」的第二版一開始的部份，也有一段與上述動畫在論述架構上幾乎如出一轍的說法。[75]值得注意的是，與第一版比較，原本「建構合理著作權層次」的說明不見了，取而代之的是這段以著作權人意願表達為核心的的交易成本問題。[76]

"Mayer and Bettle" 則是另一部創意共用組織為了在澳洲推廣創意共用授權繪製的卡通動畫，[77]並且也被「台灣創用 CC 計畫」翻譯與重新配音。[78] 這部動畫也傳達了類似前一部動畫的訊息。 卡通一開始 Mayer 正在聽網路下載的歌曲，Bettle 指責他這是「偷取」別人音樂的「違法」行為，要報警抓他，於是 Mayer 趕忙解釋他下載的音樂是採用創意共用授權的音樂。不過，Bettle 並不了解創意共用授權是什麼，因此請 Mayer「說清楚一點」，否則還是要報警，於是有了這段對話：

> Mayer ： 恩，任何東西只要受到著作權的保護，**都必須得到授權才能使用**，對吧？
> Bettle ： 對呀
> Mayer ： 可是，任何作品只要採用 Creative Commons 授權，就**表示你已經得到授權了**。
> ....
> ....
> Bettle ： 所以說，**要是我遵守作者所希望的方式**，我就可以**免費**的下載任何我想要的東西囉？
> Mayer ： 就可以啊！[79]

究其實際，儘管創意共用授權強調是自由文化，但是「同意」與「授權」等「允准」的概念卻不斷地在類似的文宣中出現，甚至出現「任何東西只要受到著

[75]莊庭瑞等，《權利不變、創意無限》（台北：中央研究院資訊科學研究所，第二版），頁 1 。
[76]請比較莊庭瑞等，《權利不變、創意無限》（台北：中央研究院資訊科學研究所，第一版），頁 3 。
[77] Creative Commons, *Mayer and Beetle,* http://creativecommons.org/videos/mayer-and-bettle (2006) (last visited 2010/06/28)
[78] 台灣創用 CC 計畫，創用 CC 介紹--卡通版，http://www.youtube.com/watch?v=owtn-a-JRmM&feature=related (最後拜訪日 2010/07/05)
[79]同前註。粗體為本文所加。我的翻譯是根據英文版本，而與台灣的翻譯版本文字上略有不同，但意思是一樣的。

作權的保護，都必須得到授權才能使用」的論斷。 在這些文宣中，最為一致的訊息不是「自由」--除非這個自由是作者的決定自由---而是尊重權利人對其作品的控制。 其中，著作權現有體制唯一被突出的問題為：本來著作人所不介意的使用，卻因為欠缺明確的授權標示，導致利用人放棄使用，或者花費時間、金錢後才發現著作人原來同意的「交易成本」。但是，這個問題完全沒有挑戰作者/權利人對著作的控制地位，它也沒有辦法說明合理使用（fair use）為何不能為「付費使用」（fared use）所取代，[80]以及除了創意共用授權可以讓使用者「免費地」下載任何我想要的東西之外，它與「付費使用」的差異何在？

此外，我們可以發現創意共用授權，常常是一種「補充性」與「合法性」的地位來定位自己。所以它會強調「Cc 不是要與著作權競爭，而是作為一種補充」，並且將自己和「非法下載音樂」等作法，區隔開來。事實上，從美國創用 CC 組織的口號是「合法地分享、重混、重用」(share, remix, reuse, legally），[81]以及前述 Mayer and Bettle 這部動畫以人們下載「非法」音樂的生活經驗切入，介紹「合法」授權的創意共用音樂，也可以看出創意共用組織，有時是認同現有智慧財產制度為前提，在「推廣」創意共用授權。不過，類似的「非法之徒」，無論是在實體財產和智慧財產，如同 Penalver 與 Katyal 所論證的，往往是財產制改革的背後的動力與契機。[82] 非法之徒的不從與抵抗[83]，其實是顛覆智慧財產論述的可能力量。創意共用授權的論述，卻反而壓縮了這類抵抗的正當性，甚至與智慧財產論述共謀，將這些抵抗指為他者，而沒有讓人們去思考這些隱藏在「非法」背後的不合理性。

其實，一直以來，創意共用組織都將自己定位為一個工具提供者：「我們的工具提供從個別創作者到大型的公司或機構，簡單、 標準化的方式去對其創意作品授予著作權的同意」，並把「保留部份權利」定位為「在完整著作權與公共

---

[80]相關討論可參 Tom W. Bell, *Fair Use VS. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N. C. L. REV. 557 (1997). Bell 在該文的立場是認為 DRM 可以帶來更多的近用自由。對此種看法的批評，可參 Wendy J Gordon & Daniel Bahls, *The Public's Right to Fair Use: Amending Section 107 to Avoid the Fared Use Fallacy*, 2007 UTAH L. REV. 619 (2007).

[81]See http://creativecommons.org/ (last visited 2010/07/15) 粗體為本文所加。

[82]PEÑALVER 及 KATYAL, *supra* note 17.

[83]我特別區分「不從」與「抵抗」，因為許多在網路上下載音樂者，只是「不從」而已，仍然感到「羞恥」。 抵抗者則是有意識而且公開的反對。

園地間，創意共用界定了一系列光譜的可能（the spectrum of possibilities between full copyright and the public domain）」，[84]而且相當強調創意共用授權條款對作者的「彈性」。事實上，除了簡單方便之外，「彈性」也是在台灣在推廣創意共用授權時，頗為強調的「優點」。[85] 不過，創意共用授權的「彈性」所以得以存在，乃是因為著作權給了夠多的控制，而不是創意共用組織所說的現行著作權法過於嚴格，所以權利人才可以在「全有」與「全無」之間，有一系列範圍的「保留部份權利」可以選擇。事實上，如果沒有將非商業性的改作納入管制，讓此種行為原則上必須取得權利人的同意，創意共用授權的「姓名標示-非商業性-禁止改作」也無從依附。無怪乎學者 Polk Wagner 甚至以為創意共授權所顯示的意義在於：我們需要的是更廣泛的財產權保護範圍，以便讓權利人對資訊有**更多的控制**，而不是更少的控制，[86]因為未來的創新與商業模式都難以由立法者事先預測，一個保護範圍廣泛而讓權利人可自由選擇是否行使的財產權，可以保留最大的**「彈性」**而不會受到立法者過去錯誤預測的限制；正確的商業模式，到底是「保留所有權利」，抑或是「保留部份權利」，沒有人比權利人自己更能回答這個問題。[87]

換言之，我們或許可以說創意共用授權是作者/權利人「控制下的分享」，它提供了作者/權利人「管理」智慧財產的工具。而這些「彈性」的授權「工具」，如果與前述提及的創意共用授權的宣傳與自介相互對照，唯一能夠一致傳達的訊息，正如 Elkin-Koren 所言，**反而是強烈的（私有）財產權的意識型態：作者可以自由決定如何對他們的作品施以何種控制**。[88] 在這個知識論述的框架下，創意共用組織，對於既有的著作權法的批判，就顯得而且是不得不模糊不清了。事實上，創意共用組織對著作權法最清楚而一致的批判，是作者與利用人之間

---

[84]See http://creativecommons.org/about/what-is-cc (last visited 2010/07/10)

[85]例如，台灣創用 CC 計畫與教育部合作編寫的《創作分享 快樂使用：簡介創用 CC 授權》中對創意共用授權的介紹是「提供一套簡單、彈性的著作權授權條款，由著作人自主地使用在他的特定著作」。呂靜雯等編，《創作分享 快樂使用：簡介創用 CC 授權》（台北：教育部，2007），頁 2。我亦有參與這本手冊的編輯。在教育部新編的《認識創用 CC 授權》，「彈性」和「自主決定」的字眼已被刪除，取而代之的是強調自由文化的理念，以及互助合作的社群分享精神的說明，可比較黃泰然等編，《認識創用 CC 授權》（台北：教育部，2010），頁 2。

[86]R. Polk Wagner, *Information Wants to be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control*, 103 COLUM. L. REV. 995, 1024-1033 (2003).粗體為本文所加。

[87]*Id.* at 1024-1026, 1032-1033. 粗體為本文所加。

[88]Niva Elkin-Koren, *What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering In Facilitating a Creative Commons*, 74 FORDHAM L. REV. 375, 390 (2005). 粗體為本文所加。

的「交易成本」問題，但是，這個批判所以可以清楚的表達，原因正在於它並不否定，反而是肯認了作者控制其私有財產的地位。

不過，值得注意的是，因為認為與自由軟體「核心權利不可保留」（essential rights are unreservable）的自由相較，創意共用「保留部份權利」的「自由」相當空洞與模糊，[89] Benjamin Mako Hill 在 2006 年與維基基金會的 Erik Moeller，一同成立了「自由文化著作定義」（Definition of Free Cultural Works）的計畫，在與社群的合作下，擬定了四種自由文化著作所須具備的自由。[90] 2008 年二月時，美國創意共用組織也為其符合「自由文化著作」的兩種創意共用授權，設計了 Approved for Free Cultural Works 的圖章，稍候於 2009 年公佈，設計讓權利人拋棄所有與著作權相關的權利，並且不要求姓名標示的 CCO，也在自由文化著作之列。[91]這裡可以看出創意共用組織對其「自由」的定義的批評聲浪的回應。儘管如此，除了在授權標章的頁面有 Approved for Free Cultural Works 的圖章外，以及這些授權標章的頁面底色的細微差異外，創意共用組織的論述與宣傳策略，並沒有因為「自由文化著作定義」的計畫，而有太大的改變。事實上，在 2008 年中，也就是美國創意共用組織設計了 Approved for Free Cultural Works 的幾個月之後，因為另一波募款計畫推出的「分享文化」（A Share Culture）的宣傳影片，[92]強調的仍然是作者的自由、以及因為不知道作者意願的「交易成本」所造成的「失敗分享」(failed sharing），而創意共用授權的自我定位，仍然是協助作者選擇管理其著作權的「工具」。[93]

---

[89]Benjamin Mako Hill, Toward a Standard of Freedom : Creative Commons and Free Software Movement, http://mako.cc/writing/toward_a_standard_of_freedom.html (Jul. 25, 2005) (last visited 2010/07/11).

[90]Definition of Free Cultural Works, http://freedomdefined.org/Definition (version 1.1) (last visited 2010/07/11).

[91]但符合「自由文化著作」的定義的授權並不限於創意共用授權，尚有 GNU 自由文件授權(GNU Free Document License)與公共園地的著作，此外採用通用公眾授權的自由軟體，也是自由文化著作。

[92]Jesse Dylan, *A Share Culture* http://creativecommons.org/videos/a-shared-culture (2008) (last visited 2010/08/08).

[93]在影片中，James Boyle 指出「創意共用的設計旨在避免**失敗分享**的情形，亦即人們**真得想要**分享的東西」；Lessig 則表示：「我們想要為創作者建立一個簡單的方式，告訴世界：這些是**我想要**適用在我的著作的自由，這些事情是**允許**你去做的」; 此外 Molly Van Houweling 則認為：「創意共用給創作者一套**工具**讓他們選擇著作權的行使方式」。*Id.* at 00:27 —00:57。 這份影片目前也是美國創用 CC 組織「關於：什麼是創用 CC」下的自介影片之一。See http://creativecommons.org/about/what-is-cc (last visited 2010/08/08)

第三款 收編與再現：智慧財產權宣導教育與創意共用授權

從前述的討論來看，我們可以發現創意共用授權最能一致傳達的訊息其實是作者對其私有財產的控制自由。這使得創意共用授權很容易成為「智慧財產權意識教育」的一部份，從台灣經濟部智慧財產權局「推廣」創意共用授權的手冊和活動，我們就可以看到此一現象。

在 2005 年 11 月的 CC Party 上，時任經濟部智慧財產權局的副局長盧文祥，表示很樂意來推動創意共用授權，因為「創用 CC 是完全尊重權利人所作的選擇」，而且屬於「約定」性質，與「法定」的著作權法完全並行不悖。[94]對智慧財產權局來講，創意共用授權顯然沒有挑戰或批判現行著作權法的問題。 而正如盧文祥所表示的，經濟部智慧財產權局不僅是早期將部份出版品採用創意共用授權的政府機關，它也是除了教育部之外，最為積極「推廣」創意共用授權的官方機構。

在《著作權生活通》，這本由智慧財產權局編寫，屬於著作權宣導教育性質的手冊，其中就特別介紹了創意共用授權。 不過，值得注意的是，這本手冊完全沒有提及公共園地，而合理使用也沒有獨立的介紹。[95]因此創意共用授權在這本手冊中，不是與公共園地並列，而是放在被「如何取得著作權授權」的章節下。這個章節的一開始，是以 「著作權人擁有許多對創作的使用權利，那麼辛苦產生的心血結晶，一定要好好維護，所以對著作權法多認識一些，才不會讓他人侵害到自己的權益」作為立論，藉此建立人們對自己的創作要有「財產權意識」的必要性，而後，其又舉剪輯各部經典電影另外配上音樂等這些數位網路時代常見的行為為例，提醒讀者這些行為 「若沒有經過著作權人的同意授權，任意公

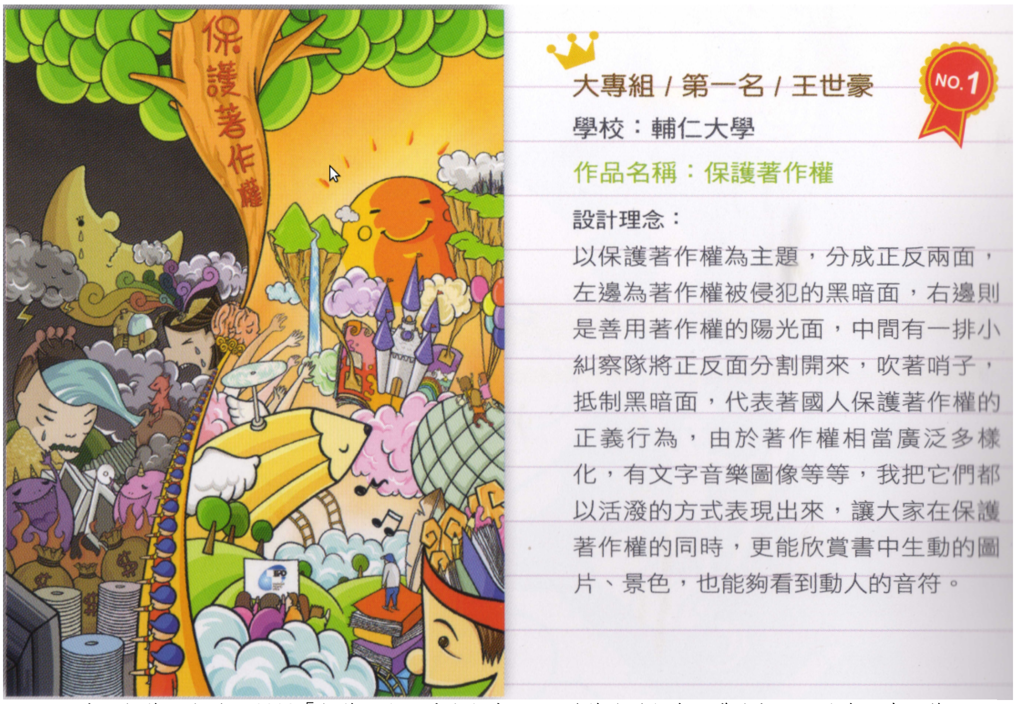
[94]Kugnlin，創用 CC，http://www.youtube.com/watch?v=eCKZdq4Sjr4&feature=youtube_gdata 1 分：13 秒以下 (2007) (此為 Kuglin 剪接 2005 CCParty 的影片)。

[95]事實上，這本手冊根本沒有提到公共園地的概念。雖然公共園地或一般所稱的「公共領域」，在現行台灣的著作權法是學理上的名詞，但即便如此，該手冊也沒有提及著作權是有限期間或思想可以自由運用，這些傳統上被認為是公共園地的部份，更未論及此部份對文化與發展的意義。至於合理使用也沒有獨立的介紹，也未對其自由的重要性有所著墨，而是夾雜在「播放午間音樂屬於合理使用範圍？」這類的問題。(這個問題的結論是，校長大熊先生想了想，「決定向著作權仲介團體取得播放歌曲的合法授權，繼續快樂小學的「小豆芽黑皮 time」的活動，安心無虞地讓小朋友聽歌歡唱。快樂小學真的是一間很「快樂」的學校呢！) 。經濟部智慧財產權局，《著作權生活通》(台北：經濟部智慧財產權局，2009)，頁 8、33。

開，很可能會侵犯他人著作權」。[96] 接著就是一番道德勸說：「今日的著作利用人，就是明日的著作權人.....所以我們應該要尊重彼此的權利.....不僅當個優良的創作人，也要當個優良風範的著作利用人」。[97]為了方便「優良風範的著作利用人」取得授權，手冊接著介紹了「付費授權」與「免費授權」兩種類型以及取得授權的管道，創意共用授權正是屬「免費授權」的類型。如前所述，這本書沒有提到公共園地，但是在介紹創意共用授權，它提到了「所有權利皆不保留」的「授權」，這種事實上因為著作權人的處分而成為公共園地的內容，其認為將會有「許多創意......被惡意、大量的複製濫用，傷害到著作權人」。[98]

在這個例子，我們可以看到創意共用授權被輕易地納入智慧財產論述的架構裡，取而代之的是財產權意識，以及取著作凡是利用到他人財產，都應該儘量取得授權的訊息。自由文化的理念不見了。創意共用也被定性為「免費授權」，而不是「自由授權」。這不是說「免費」不重要，而是對於智慧財產論述而言，免費本來就是權利人對其私有財產控制形式，一種商業模式下可以接受的「自由」，更何況這種免費已經得到著作權的人事前同意。另一方面，在這本手冊中，公共園地仍然是一個他者的存在，其不僅消失在手冊的編排與內文，唯一稍稍露臉的時刻，塗抹在它身上也是「惡意」、「濫用」與「傷害」這類的形容和動作。

[96]因為和合理使用，與這本手冊強調的財產權意識，亦即凡是利用都要取得授權的主要立論並不相符，所以在這裡就被隱藏在「**很可能**會侵害他人著作權」的說法下。
[97]經濟部智慧財產權局，《著作權，生活通》(台北：經濟部智慧財產權局，2009)，頁 27-28。
[98]同前註，頁 33。



圖三 經濟部智慧財產權局 2008「智慧活力．秀出創意」 保護著作權創意宣導海報設計競賽大專組第一名
圖片來源：經濟部智慧財產權局編，《著作權，生活通》。

前述這本《著作權 生活通》，其實只是台灣政府的智慧財產權教育與宣傳一環。[99]。《圖三》則是 2008 年經濟部智慧財產權局，「智慧活力．秀出創意」保護著作權創意宣導海報設計競賽中，獲選為大專組第一名的作品，我們可以清楚的看到著作權與公共園地的光明/黑暗 、豐饒/慘澹的二元對立關係。[100]其中，把不保護著作權的「闇黑世界」以「眾志成城」地方式排除在外的小小糾察隊，除了多了俏皮可愛的感覺外[101]，與八零年代中期，當台灣的智慧財產制度開始因為美國的要求而「現代化」，時任國貿局長的蕭萬長公開疾呼應該趕快建立「仿冒是我們的公敵」的「共識」觀念的訴求，相差無幾。不過，會有這樣的巧合，並不令人意外，因為將不保護著作權的公共園地描繪為黑暗、 失序的他者，並且要大家相信此一「事實」，正是智慧財產論述的根本特徵。

[99]例如，2007 年教育部推動的「尊重保護智慧財產權行動方案」還曾一度要求大專院校在新生入學時，對學生進行智財權測驗，未通過就不發給圖書館證，並且要求學校監控學生的電腦，但後來因為反彈太大，才取消扣證的規定，並且不採強制測驗的模式。參<教部新措施 拿大專新生開刀 想拿圖書證 先通過智財權測驗>，《聯合報》，2007 年 7 月 23 日，第 2 版；<美施壓大學生考智財權 教育部推動 新生入學未通過測驗就不發圖書館證 還要監控電腦 引發各校反彈 >，《聯合報》，2007 年 7 月 23 日，第 A1 版；<政策急轉彎 考智財權不扣證 反彈聲浪大 教部改口「不強制測驗」不清查電腦 只監測網路流量>，《聯合報》，2007 年 7 月 24 日，第 A9 版；<宣導智財權大學生免試>，《聯合報》，2007 年 8 月 9 日，第 A10 版。
[100]圖像取自：經濟部智慧財產權局，《著作權，生活通》，頁 46。
[101]可資對照的是，前述介紹創用 CC 的卡通，當 Beetle 說「我要報警」時，也是用 Beetle 無辜可愛的大頭來淡化其中的威嚇與警察的訊息。

在舉辦「智慧活力．秀出創意」競賽的期間，經濟部智慧財產權局亦與部落格業者合作，共同推廣創意共用授權，並以「自己的權益，自己秀出來」為支持「創用 CC」的活動串聯貼紙的口號。[102] 其實，稍早之前，因為保智大隊的統計顯示部落格侵權行為占網路侵權的比例日漸升高，智慧財產權局亦有「四不一沒有」的部落格著作權宣導。[103] 不過，成效似乎不大。而這一次，除了有所謂「保護我的智慧財產權！部落客聯署召集令」以及「挖ㄟ媽祖 --小尊重、大智慧」等與部落格業者聯合舉辦的活動之外，更進一步地要與部落格業者合作推廣「創用 CC 標誌」，作為「保護著作權利器」，[104]

在無名小站與智慧財產權局共同推廣創意共用的官方網站，強調的是「自己的權益，自己秀出來」的智慧財產權意識的教育。[105] 此處，創意共用授權不是所謂的「實質公共園地」，而是被定性為讓權利人捍衛自己權利的工具。該網站亦提供圖樣設計類似右圖的串聯貼紙，參加串聯者就像許多官方或商業團體辦得「活動」一樣，可以有抽獎的機會。值得注意的是，雖然活動已經結束，但是，可能因為無名小站是台灣最多人使用的部落格平台與網路相簿，至今每日仍都有超過四百人的瀏覽人次，而累積的人次也已經超過五十萬人次。[106]在活動期間，經濟部智慧財產權局與無名小站也與「橘子鯨魚」等十一位部落格的格主，以台灣甚受歡迎的圖文創作的方式推廣創意共用授權。這些圖文創作除了刊載在此網站外，也同步發表於格主的個人部落格。 在這些創意共用授權的「再現」中，除了「藍香焦」的介紹，因為引用維基百科，在文字



圖四：自己的權益，自己秀出來！請支持創用 CC 授權標章
圖片來源：無名小站與智慧財產權局 「保護創意 用得安心」創用 CC 推廣網站

---

[102]參，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO (last visited 2010/07/15)
[103]所謂的「四不一沒有」分別是：「不要在網路上隨便免費下載音樂、影片、軟體」、「不要將他人文章、音樂、影片、軟體隨便轉寄」、「不要將他人的文章、照片隨便張貼或移花接木」、「不要將他人的流行歌曲或音樂拿來在部落格使用」以及「沒有合作授權的著作不要在網路上販賣」。<部落格經驗分享 當心侵權 他人文章、音樂、照片等隨便轉寄張貼 可能觸法>，《經濟日報》，2007 年 7 月 9 日，第 A9 版。
[104]〈創用 CC 標誌 保護著作權利器〉，《經濟日報》，2008 年 9 月 17 日，第 A15 版。
[105]參見 http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO, (最後拜訪日 2010/07/11)
[106]同前註。

部份比較有觸及共同分享與創作的理念外，[107]其餘十篇的圖文創作內容，大概傳達了三類的訊息。[108] 這類的「再現」不僅反應了智慧財產論述的結構，也提示了創意共用授權目前的論述策略，是如何容易被輕易地收編，變成強化智慧財產論述的工具。

第一類是認為創意共用授權有助於作者表達意願，而且可以降低利用人的風險，屬於交易成本方面的論述，而且強調「保留部份權利」的「彈性」。[109]在這類論述中，即使提到了「目前全世界著作權對著作權的嚴格保護規定」的現象，但問題不在於此對自由文化有所妨礙，而在於「可能會使著作人產生疑惑，不了解是否可以自行釋出部分權利，提供自己的作品讓公眾利用」。[110]換言之，問題被架構為著作權人不知道如何行使其權利，而創意共用授權在此的角色則是權利人方便行使其權利的簡便與彈性的工具。

第二類是認為創意共用授權可以幫助作者捍衛自己辛苦創作作品的，保障他們的財產。[111] 例如曾老師將創意共用授權的四種授權條件，定位一種「讓創作者對自己的作品，產生自我宣示主權作用 的「組合技」(創意共用四種授權條件可以排列組合)。[112]在這類論述中，智慧財產往往與實體的私有財產相比擬，強調的是「未經他人的同意，擅自使用他人的東西.....在**現代**社會是得吃官司的，[因為]這是別人的智慧財產」。[113]創意共用授權的功能，在這裡不是架構自由文化，而是協助權利人對自己心智勞力的私有財產去秀出自己的權益，**避免《圖五》班大貓所謂的「你又沒說不行」的問題**(亦請注意圖中揮汗如雨孤獨的作者揮汗如

---

[107]藍香蕉，話「創用 CC」，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9419038 (最後拜訪日 2010/07/01) 。

[108]當然，其實其中部份的訊息互有重疊，這只是為了分析之便所做的分類。

[109]包括：超感動， 話「創用 CC」，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9356187 (最後拜訪日 2010/07/11)；土豆仁，話「創用 CC」，，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9356173 (最後拜訪日 2010/07/11)；TA，話創用 CC，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9382389

[110]超感動，同前註。

[111]橘子鯨魚，話創用 CC，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9408076 (最後拜訪日 2010/07/07)；曾老師，話創用 CC，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9356066 (最後拜訪日 2010/ 07/10)；班大貓，話創用 CC，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9356182 (最後拜訪日 2010/07/07)；

[112]曾老師，同前註

[113]橘子鯨魚，同前註。粗體為本文所加。

兩地創作的形象、 以及將作品的不告而取，比之為竊取金錢的隱喻）。[114]



圖五：班大貓—話創用 CC（部份）
圖片來源：無名小站與智慧財產權局的「保護創意 用得安心」創用 CC 推廣網站

第三類是認為創意共用授權可以避免抄襲以及任意的修改，並且強調「原創」的重要。[115]例如冬瓜標透過連環圖畫的創作，以網路上到處都是「旺來村的旺來標」「一代紅牌的如花標」，抱怨「怎麼大家都長得像我（冬瓜標）」，「如果這世界都是阿標（飄？）.....那是多麼驚恐的事....」為引子，推薦網友使用創意共

[114]班大貓，同前註。 本文圖片亦可自該網址取得。

[115]包括：Linda， 話「創用 CC」，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/11962470 (最後拜訪日 2010/07/01)；西瓜子桑， 話「創用 CC」，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9382397 (最後拜訪日 2010/07/01)，冬瓜標， 話「創用 CC」，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9356167 (最後拜訪日)，同學十二號， 話「創用 CC」，http://www.wretch.cc/blog/WretchTIPO/9406733 (最後拜訪日)。

用授權，[116]而「同學十二號」在介紹創意共用授權時，也特別強調「不管是唱片還是文章，在未告知原作者下任意抄襲、 修改都是很要不得」。[117]大體而言，這類的論述中，因為強調「原創」，公共園地的重要性遭到間接地貶低（「原創」作者不需要去修改既有的素材），而創意共用授權功能更在於協助作者控制其作品的意義。

前述三種分類所傳達的訊息，不僅互有關聯的，反應的也是智慧財產論述中的典型話語。 強調權利人對其個人作品此一私有財產的控制與詮釋，因此現行體制的問題只能在於著作權人的意願不夠明確的交易成本問題，公共園地也沒有跳脫他者的地位，仍然是以美學上的原創性貶低其重要性。 創意共用授權在這些「再現」中，非旦沒有帶來抵抗，反而成為智慧財產論述「意識覺醒」的工具----強化作者對其「原創作品」 私有財產的控制與權利意識。

其實，在網路上著名的圖文部落格的創作者「洋蔥頭」接受台灣創用 CC 計畫採訪時，也可以發現創意共用授權與財產權意識的關聯。 洋蔥頭他在部落格的圖文創作採用的是「姓名標示-非商業性-禁止改作」的創意共用授權條款。[118]在接受採訪時，他表示除了易於使用外，當初使用創意共用授權最大的動機在於，透過授權標章清楚地告知利用的資訊，可以節省訪客來信詢問的次數。但是，他也認為創意共用授權雖然方便，「使用者對自己一開始希望授權的種類也必須清楚了解，才不會錯用而造成自己權益受損」，因此「為了自己的權益著想」，「對著作權應該也有一定的認知」，「這是該做的功課」。[119]我們可以發現對於洋蔥頭而言，創意共用授權所解決的問題，正是在不否認作者控制的私有財產下，使用者無法容易得知作者意願的「交易成本」。他的建議也不在於讓人進一步的認識自由文化，反而是提醒使用者要更為自己的權益著想。事實上，他的立場是「看著網路上的創用 CC 授權標章有越來越多人使用，相信對網路著作權的推動也有相當的幫助」。[120] 洋蔥頭對創意共用授權所要實現的未來的理解，其實是現

[116]冬瓜標， 同前註。括弧內文字為本文所加。 「阿飄」在台灣年輕人的用語指得是鬼魂。
[117]同學十二號， 同前註。
[118]參見 http://blog.roodo.com/onion_club/ (最後拜訪日 2010/07/12)。
[119]E 先生，<創用 CC 使用者的經驗談>，《創用 CC 電子報》第 14 期，2007 年 6 月。
[120]同前註。洋蔥頭的確提到了「分享」和「自由」，但他的分享比較近於財產權人控制下的分享與自由：「 一直以來，因為台灣的上網環境影響，很多人都已經下意識的認為網路上的資源是免費的，而在這樣的環境下，也讓人養成了不懂得愛惜資源的壞習慣，這個觀念真的需要花上大量的宣導與時間來矯正，創用 CC 授權既鼓勵資源開放，也讓人了解在網路世界並不是個人自

行創意共用授權的論述策略下，可以預見的結果。

第三項　空洞的勝利？創意共用授權與智慧財產論述

> 好吧---假設你說服了最高法院將 CETA 宣告違憲，但你仍然活在一個認為任何東西都是財產，而且應該被擁有的世界。如果人們對為何法院會宣告法案違憲沒有政治意識，這還是一場空洞的勝利。[121]
>
> Lawrecne Lessig

前面我檢討了創意共用授權在美國與台灣的發展還有論述策略。毋可置疑的是，若以風行程度而言，創意共用授權已經取得了可觀的成果，但若從智慧財產論述的抵抗而論，它到底是一種「認同中的抵抗」，抑或仍是一種「抵抗中的認同」呢？ 它是顛覆了智慧財產論述？還是反而推波助瀾？

第一款　創意共用授權與中介工具

安妮法案雖然裹著「作者權法」的糖衣，但是，在其通過之際，其立即的作用其實是保護倫敦書商利益的「書商權法」。 若以美國後來的發展而論，許多為出版商以及內容產業所僱用的作者，甚至被架構成付出文化勞動的勞工，不僅其成果的財產是屬於僱用人的，甚至法律上認定的「作者」即為其僱用人。 三百年來，作者即使被高高舉起，大部份的利益，其實仍然是由掌握資本與散佈工

由氾濫的國度，儘管上面提到的理念須要時間來建構，但是在網路漸漸的可能成為一個經濟體系的未來，這樣的觀念可以越早成型越好，藉著創用 CC 授權這種彈性授權模式，將資訊做有效率的流通運用，相信對網路生態會有很大的幫助」。 同前註。 這裡的網路生態其實與 James Boyle 的資訊環保關係不大，反而類似前一章提及的台灣九零年代初「使用者付費」的「文化環保」訴求。

[121] See BOLLIER, *Supra* note 3 at 93 (interviewing with Eric Eldred and Lawrence Lessig) 訪談的時間是 2006，但這是 Lessig 在回憶當 1999 年 Eric Eldred 告訴他除了打贏官司，他也想要有更積極的作法時，例如成立一個讓人捐贈公共園地的基金會，Lessig 自述其當時想法的文字。

具的中介人所享有。 不過，近年來網際網路帶來的去中介化的契機與想像，乃至點對點檔案分享的技術，讓不少人都認為去中介化是可能的。 搭著這波浪潮，創意共用組織的宣傳與論述策略，乃至後來 CCplus 的推出，都是反應著此種思維-- 將自己定位為中介工具。這樣的訴求，嘗試在原本作者與中介人的結盟/依附關係，另外開闢道路，獲得了一定的成功。 雖然，各國著作權仲介團體的法制不同、 以及現實上創作者仍然可能被迫成為內容產業的僱員或轉讓其著作權，都是創意共用授權此種策略所必須面對的困難，但是 ASCAP 的不安，其實也顯示了這個策略的潛力。 創意共用授權就智慧財產權論述，高舉作者的權利，實際上卻是服務於是中介者資本家的利益的現象，的確提供了一些拆解的力量。

不過這樣的力量，其實是源自於創意共用承認作者的權利，避免了英國過去十八世紀下半葉公共園地誕生後，得不到新浮現的職業作家的認同，節節敗退的窘境。透過「保留部份權利」的訴求，創意共用組織將自己定位於作者行使權利的「工具」，它並不否定作者或權利人將著作商品化的動機，反而以相關的商業模式的探討為己任，這使得創意共用授權可以吸引以此為生的文字、音樂、藝術工作者，也對許多有營利意圖的部落客有相當的吸引力。 但是，這種「認同」雖然可以產生拆解的「抵抗」力量， 卻也因為創意共用組織提供的授權選項，和其所宣稱的「重混」、「讀寫文化」的理念並不相符，智慧財產論述中原創作者、私有財產，以及公私二元對立的觀念，反而獲得了強化，從而鞏固了資本家就其智慧財產的行使的正當性。

第二款　改革路迢迢？智慧財產權意識的強化

雖然，Lessig 認為「保留部份權利」與「保留全部權利」相較，至少在完全控制之外提供了另一種聲音，對他而言，創意共用授權是透過「展示分享」（showing sharing）來改變我們的觀念與行為。[122] 不過，從前述的討論來看，創意共用授權在論述上，最能一致傳達的的訊息，反而是作者/權利人可以「自由」選擇其如何「控制」其作品的私有財產論述。而從前述許多圖文創作者在推薦創

[122]See LESSIG, *supra* note 53 at 276-279.

意共用授權的「再現」中，我們也可以看到被強調的是「原創」的重要，公共園地也仍然處於理想作者的他者的位置。 在這種「自由」之下，創意共用授權反而複述了智慧財產論述的話語，而非提出異議，它不是在「展示分享」，而是智慧財產權意識的覺醒工具。

進一步而言，對一些採用創意共用授權的作者/權利人而言，CC 的意義反而是以退為進的 copy control （而非 creative commons，更不是 counter copyright）。他們透過清楚的表達意願，以及「善意」的釋放，讓人們更尊重他對著作的控制地位，而不去質疑為何他可以擁有這種控制。[123] 對他們而言，創意共用授權毋寧更像是一種告訴他人，這是**我的**財產的聲明與警示。Carol Rose 曾經指出，「財產權」究其實際，實為一種表意的「聲明」（statement），而這種聲明要有力量，相關的人必須能夠了解該聲明，並且認真地看待它。[124] 實體占有即屬一種「聲明」，而如同 Rose 所言，許多法律甚至要求權利人「**持續**發言」（*keep on* speaking），否則可能會被他人「喧賓奪主」地以長時間的公開占有「時效取得」（adverse possession）。[125] 就無體智慧而言，因為缺乏清楚的邊界，它更需要清楚與明確的聲明，告訴人們「這是我的」，而且為人們認真地看待與尊重。 從這個角度來觀察創意共用授權，我們才可以瞭解，為何許多人都會將創意共用授權看成是捍衛自己財產的「組合技」。因為，缺乏邊界與標記的智慧財產，其成立與有效運作，關鍵就在於財產權人的「聲明」可以被普遍地認知與「尊重」。這也是創意共用授權會吊詭地被台灣智慧財產權局納入智慧財產權意識教育的一環的理由----因為「自己的權益」，必須「自己秀出來」。

不少人，包括 Lessig 自己，都承認創意共用授權不能解決現行著作權法的

[123]除了前面的討論外，還有另一個現象值得省思。 中研院民族所的助技師張藝鴻，表示民族所的數位典藏決定採取創意共用授權的理由之一：「民族所的收藏絕大多數都來自被研究社群，我們常面臨民族所是否有權「擁有」這些收藏的質疑，將藏品採公共授權釋出可稍稍緩和質疑」。張藝鴻，<數位典藏計畫公眾授權政策之引進：中研院民族所的經驗>，《創用 CC 電子報》第 36 期，2009 年 4 月。不過，可以採用創意共用授權的前提，反而是在法律上肯認他們對這些著作(有些只是平面轉平面的掃描與複製)享有著作權，換言之，創意共用授權不僅是減緩他們是否可以「擁有」這些內容的質疑，本身也是他們「擁有」這些著作的象徵--- 在授權條件之外的利用，還是必須取得其允准。

[124]CAROL M. ROSE, PROPERTY AND PERSUASION : ESSAYS ON THE HISTORY, THEORY, AND RHETORIC OF OWNERSHIP 13,18 (1994).

[125]*Id.* at 14.強調為原文所加。

所有問題，但是至少讓我們往理想邁進了一步。[126] 但是，這樣的論斷，只有在創意共用授權的作用是在「展示分享」，而非強化作者與利用人的財產權意識時，才能成立。 如果既有的智慧財產體制以及其正當性基礎的智慧財產論述，因為創意共用授權而更為穩固， 這反而可能使得根本的法律改革更形困難。 如此一來，我們離理想反而是更遠了。若係如此，創意共用就不會是如 Boyle 所言在既有政治現實下，不得不然的「次佳選擇」（second best choice），[127]而是無可奈何的「次糟選擇」（second worst choice）。

第三款　第三條路？ 智慧財產的管理之「道」

因為創意共用授權最為一致的訊息其實是作者對其私有財產的控制，所以其「自願」變得不像是對自由文化理念的「認同與參與」，而是作者同意和允准他人的使用的「任意性」。這種分享，其實是一種「控制下的分享」，而這其實也牽涉到創意共用授權，是否能夠在根本上超越過去台灣在「抵抗下的認同」，相信智慧財產的（擴大）保護，是邁入先進與已開發國家之林必然道路的問題。 雖然，相當支持創意共用授權的巴西政府，其文化部長 Gilberto Gil 在 2004 年 8 月（創意共用授權於同年六月在巴西在地版本正式發佈）於紐約發表的演說中，樂觀地認為創意共用與自由軟體等正在興起的全球運動，彰顯了數位文化的未來，這種強調資訊的流通與創造的作法，對「拉丁美洲等發展中國家的文化政策（其他發展中國家亦可）.....是一個完美的模式」。[128]但是，將創意共用與自由軟體相提並論，其實忽略了兩者在發展策略上有相當不同。

對於自由軟體而言，它所提示的是一個沒有任何人有專有排他權利的制度設計，仍然可以持續的發展與創新，而這超越了過去「抵抗下的認同」的侷限。自由軟體看似建構在智慧財產制度之上，但智慧財產對它而言，只是在既有的

---
[126]LESSIG, *supra* note 53 at 278-279.
[127]JAMES BOYLE, THE PUBLIC DOMAIN : ENCLOSING THE COMMONS OF THE MIND 288 (2008).
[128]See BOLLIER, *supra* note 3 at 199(quoting Gilberto Gil).

體制下，為了避免共用資源被以智慧財產為名而為私人所圈有的策略工具。[129]在一個沒有智慧財產制度的社會，也就是沒有專有排他權利的世界，自由軟體的模式仍可存在， 而這在根本上，挑戰了智慧財產的（擴大）保護是邁入先進與已開發國家之林必然道路的假設。 相反地，創意共用授權作為「控制下的分享」，它強調的彈性，不僅繫諸於著作權給了夠多的控制，它的自由選擇的前提，也是一個保護廣泛的著作權法。 或許，對許多人而言，它代表了一種新興的商業模式，但是，這種「控制下的分享」，與內容產業會在廣播頻道上和消費者「分享」音樂，兩者在性質上的差異並沒有想像的大。現行論述策略下獲得成功的創意共用授權，無法否定智慧財產的（擴大）保護的必要，僅是表示個別的權利人，比起「拒人門外」，「欲擒故縱」在一些情況下是「管理」智慧財產更好的方式。 創意共用授權是建立在廣泛而且「嚴格」的智慧財產保護之上，它所代表的是著作權人在新興的科技環境中，「合」於「理」性地管理其智慧財產，而不是要建立一個彼可取而代之的「合理」體制。

雖然， 不可否認的是，在網路科技以及創意共用授權的協助，Flick 網路相簿中超過一億張採用創意共用授權的「實質公共園地」，[130]已經不是創意共用在前述構想階段時，Saltzman 所擔心的「不被需要、為人忽略、雜草叢生的智慧財產」，[131]但是，這種「智慧財產」(這不會比實質公共園地的說法更不恰當），表現地並不是公共園地本身的價值和發展可能，反而肯定的智慧財產的必要性。創意共用組織，雖然以「保留部份權利」作為「平衡」的口號，而將著作權法貼上「保留所有權利」的標籤，但是，某個層次而言，著作權法從來就是「保留部份權利」的設計。 因此，創意共用授權所創造的「共用資源」（commons）與 Paul Goldstein 認為「當代美國與其他國家的著作權法，創造了既廣且深，而且不同層次的共用資源（many layered of this commons）」[132]的說法，其邏輯是一致的---都是代表了給了夠多的控制，才會有「不同層次的共用資源」。 更有甚者，創意共用所創造的「不同層次的共用資源」都仍然是有主人的，而非沒有人照護的孤兒—公共園地。諷刺的是，Goldstein 雖然對 Lessig《自由文化》一書多所批評，[133]

[129] Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*, 112 YALE L. J. 369, 446 (2002).

[130] See http://www.flickr.com/creativecommons/ (last visited 2010/07/12).

[131] 粗體為本文所加。

[132] Paul Goldstein, *Copyright's Commons*, 29 COLUM. J.L. & ARTS 1, 1 (2005).

[133] Goldstein 在該文中就 Lessig 的《自由文化》 一書的許多論點都有所批評。See *Id.* at 3-5.

認為真正相信著作權法的「平衡」的人，應該擁抱作者的著作權法，[134]但是，Lessig 以為有助於實現「自由文化」的「平衡」的創意共用授權，離 Goldstein 的「平衡」，其實沒有太大差異。現在的創意共用授權的論述策略，還是一種「抵抗中的認同」，並沒有提示在二元對立的智慧財產論述之外的發展道路。

縱上所述， 如果創意共用授權因為對智慧財產論述採取「順從」的態度，而廣受歡迎，但是---借用 Lessig 自己的話---如果代價是我們 「活在一個認為任何東西都是財產，而且應該被擁有的世界」，人們沒有抵抗智慧財產論述的「政治意識」，反而只有智慧財產意識，這或許還是「一場空洞的勝利」，而無法帶來真正的顛覆。

[134] *Id.* at 9.

第三節 從智慧財產到文化共用財產：資訊環保運動的未來

前述創意共用所以會陷入複製智慧財產論述的困境，而所謂的「實質公共園地」反而更近於「智慧財產」，主因在於創意共用除了暴露作者與中介者的矛盾之外，並沒有嘗試以不同於孤獨、自立的「原創天才」的形象去建構作者，以及對公共思想與私有表達的二元劃分提出質疑。 這種論述的策略的危險在於，如果創意共用授權反而是智慧財產權意識的覺醒工具，讓許多作者都認同與複製智慧財產論述的話語，以作者的受讓人或僱主身分出現的智慧財產權人---資本家--對其「私宅」控制的正當性，也就不會受到根本動搖，甚至反而越益穩固。其實，不去質疑智慧財產論述所建構的概念的情況，不僅出現在創意共用，也還表現在近來 Madison、Frischmann、Strandburg 三位學者就「被建構的文化共用資源」（constructed cultural commons）的分析所提出的「制度性分析與發展框架」（institutional analysis and development framework, 下稱 IAD），[135]以及 Michael Heller 甚值重視的「反共用地悲劇」的概念。[136] 以下，我將分別檢討這兩個主張，而後則嘗試提出「文化共用財產」概念的初步想法，以及創意共用組織在此概念下，未來可能的論述乃至工具設計的方向。

第一項 「制度性分析與發展框架」及「反共用地悲劇」的一些省思

第一款 智慧財產與公共園地：文化共用資源的「預設」與「自然」環境？

Madison 等三位學者以 IAD 來分析「被建構的文化共用資源」，其實是挪用最近剛得到諾貝爾經濟學獎的 Elinor Ostrom 在分析自然環境中的「共用池資源」(common-pool resources, 下稱 CPR)[137]，所使用的分析框架。Ostrom 會以 IAD 分

---

[135] Michael J. Madison, Brett M. Frischmann & Katherine J. Strandburg, *Constructing Commons in the Cultural Environment*, 95 CORNELL L. REV. 657 (2010).

[136] MICHAEL HELLER, GRIDLOCK-ECONOMY: HOW TOO MUCH OWNERSHIP WRECKS MARKETS, STOPS INNOVATIONS, AND COSTS LIVES (2008).

[137] Ostrom 對 CPR 的定義為：「自然或人造的資源系統，該系統大到要將資源使用的潛在獲益者排除的成本非常高昂 (但不是不可能)」。 ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION 30 (1990).

析 CPR，原因在於她認為「共用地悲劇」的模式（model）[138]，並不足以讓我們理解與分析 CPR，反而會讓我們誤以為原本只適用在特定情境的私有財產制度，是唯一而且普世適用的萬靈丹，而忽略 CPR 治理成功的複雜變因。[139]其實，在 Madison 等人嘗試以 IAD 分析「被建構的文化共用資源」之前，Ostrom 與 Charlotte Hess 便曾因為 Jame Boyle 的邀請，在可能是第一個以公共園地為主題的研討會上，發表一篇名為《概念、藝品與設施：資訊作為共用池資源》的論文；[140] 兩位學者稍晚也在一次以知識共用資源為主題的會議，進一步闡釋了 IAD 框架在此的運用。[141]因此，在討論 Madison 等人的主張前，我們有必要先了解 Ostrom 與 Hess 如何解釋 IAD 框架在資訊 CPR 上的運用。Ostrom 與 Hess 的 IAD 分析中主要可分為「變因」與「行動領域」兩個區塊。變因又可分為共用資源系統的「生物物理特徵」（biophysical characteristic）、「社群特性」、（attributes of the community）、「實踐規則」（rules-in-Use）三大類。因為不同變因的影響，行動者在「行動領域」會因為不同行動情境，而有一定的「互動模式」（patterns of interaction）並且產生共用資源管理的「結果」（outcome）；而「行動領域」通常也是研究者分析的核心。[142] 其中的「生物物理特徵」，Ostrom 與 Hess 則認為鑑於過去 CPR 就資源系統（resource system）與資源單位（resource unit）的區分有助於分析的經驗，她們認為在分析「生物物理特徵」時也可以從「概念」（ideas）、「藝品」（artifacts）與「設施」（facilities）的區分著手。[143] 對 Ostrom 與 Hess 而言，「藝品」是指個別、可區分的著作，例如一篇文章，「思想」則是該文章所傳達的意旨，而設施則是典藏與近用藝品的場所或科技。

Madison 等三位學者所撰的《在文化環境中建構共用資源》一文，基本上是將前述 Ostrom 與 Hess 的 IAD 框架，予以進一步修正後的提議。 值得注意的是，當 Madison 等人在運用 IAD 框架分析時「被建構的文化共用資源」，他們認為第

---

[138]在Ostrom的概念下，「框架」（framework）的意義在於協助我們在制度分析時辨識共通的元素並將其納入討論，IAD即屬之。「理論」（theory）則是在於幫助我們分析與診斷這些現象、如賽局理論、交易成本理論、公共選擇理論等。「模式」（model）則是在有限的變因的特定情境下對結果作出預測，「共用地悲劇」即屬於預測模式的一種。

[139]See *Id.* at 2-25.

[140]Charlotte Hess & Elinor Ostrom, *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 111 (2003).

[141]Elinor Ostrom & Charlotte Hess, *A Framework for Analyzing the Knowledge Commons*, *in* UNDERSTANDING KNOWLEDGE AS A COMMONS (Elinor Ostrom & Charlotte Hess ed., 2007).

[142]*Id.*

[143]*Id.* at 47-48.

一個概念上問題是：如何將屬於自然資源的 CPR 的 「生物物理特徵」（biophysical characteristic）的提問（例如一年雨季多長，當地的土壤的特性、共用池的大小、邊界、資源豐富與否），轉化到文化共用資源的脈絡，後者有所謂的「自然的」生物物理特徵嗎？所有的文化資源難道不都是人類互動所建構出來的嗎？ 儘管體認到此一困難，Madison 仍然認為需要有一個基礎（baseline）作為分析「被建構的文化共用資源」的背景，所以他們認為有兩個合理的起點：沒有智慧財產的「自然」（natural）文化環境（一個任何人都可開放近用與使用，而無須得到任何人同意的文化資源池），以及以智慧財產為基礎的「預設」（default）環境。[144]我們可以發現，所謂的「自然」環境就是智慧財產的反面「公共園地」，而「預設」環境，其實就是西方的智慧財產制度—著作權與專利這兩種解決供給面問題的制度。

不過，如同 Ostrom 所言，「生物物理特徵」其實同時也決定了特定共用資源的限制與可能性，[145]因此，如果 IAD 的框架將西方智慧財產論述所架構的二元對立概念，當作「自然」還有「預設」的生物物理特徵，其實反而限制我們去發現不同社群治理共用資源的「複雜性」與其他可能的制度安排。 以「自然」環境而論，將西方概念的「公共園地」作為分析原住民族甚至非近代西方治理文化共用資源框架的「自然」環境，所導致的誤解，可能還多於理解。因為原住民族可能根本沒有類似的觀念，我們如何能以「公共園地」為背景作為分析的基礎呢？[146] 再以 Madison 等人所舉的例子而論，他們認為以美聯社（Associated Press）與維基百科提供的資訊等「事實」的功能而言，兩者是在「自然」環境的背景下的被建構的文化共用資源。[147] 這種將「事實」當作公共園地的想法，除了源自將事實與思想劃歸為公共，而表達則屬於私人所有的思想/表達的二元劃分外，其本身也假設了「事實」只可以被發現，而不能被創造，所以不可能是「原創」表達的觀

[144]Madison, Frischmann, 及 Strandburg, *supra* note 135 at 283-285.

[145]Ostrom 及 Hess, *supra* note 141 at 46.

[146]其實，公共園地的概念自「再發明」以來，最根本的批評便是：原住民族的傳統智慧是西方智慧財產制度下的公共園地，但是西方資本家的文化商品與發明卻是智慧財產，而這些智慧財產還可能是將原住民族的文化與智慧稍加修改後的產品，屆時原住民族反而還可能向這些主要是西方的企業取得授權；所以，一些論者認為未考量現實政治與經濟的結構，浪漫化的公共園地，反而會正當化了全球智慧財產體制的宰制和屈從的不平等關係。See Anupam Chander & Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, 92 CAL. L. REV. 1331 (2004).

[147]Madison, Frischmann, & Strandburg, *supra* note 135 at 286.

念。[148] 而思想/表達的公私二分與原創作者，正是為了建立與穩固智慧財產權人正當性所創造的概念。

另一方面，若以「預設」環境之下所建構的文化共用資源而言，Madison 三位學者所舉的例子之一是自由軟體的通用公共授權。[149] 但是，把智慧財產作為「預設」環境，當作分析基礎的，似乎一開始就將自由軟體所隱含的重要意義---讓我們重新思考以個人專有排他為權利為中心的私有財產之外的制度可能[150]--排除在外。 如前文所言，通用公共授權所建構的共用資源，看似建立在著作權之上，但其運作模式本質上不需要「預設」專有排他的智慧財產權。其實，若我們以 Madsion 三位學者所提案的 IAD 來分析「創意共用」，也可以發現此種以西方智慧財產為「預設」環境的分析框架的侷限。如果套用他們 IAD 的框架，創意共用授權應是以「預設」環境為基礎，所建構的文化共用資源，而其解決的問題或達成的目標，應該屬於第二類「因為智慧財產制度所造成的集體行動、合作與交易成本」的問題[151]。這樣的分析架構，不太容易讓我們發現創意共用授權強化財產權意識的問題，它對創意共用授權最有可能的批判有可能是：各種授權條款間彼此間的不相容問題，因此其本身又造成了交易成本的提高。 作為一個框架，這當然不是 IAD 對創意共用唯一可以提出的研究與分析，但這的確是在理性選擇與交易成本的傳統下發展出來的 IAD 框架，[152]對創意共用授權最有可能產生的批判。

---

[148]這種看法其實是假設「事實」就在那裡，但卻忽略了事實本身並無法獨立於觀察者而存在。See Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965, 996 (1990).

[149]Madison, Frischmann, & Strandburg, *supra* note 135 at 688.

[150]See STEVEN WEBER, THE SUCCESS OF OPEN SOURCE 227-231 (2004).

[151]「被建構的文化共用資源」另外要解決問題的類型有：第一類是與智慧財產無關的集體行動、協調和交易成本的問題 ，而智慧財產制度本身就是解決的方式之一。第三類是 在處理擁有不同預設社會規範的文化共用資源社群之間的協調問題。 例如 技術移轉機構(Technology Transfer Institution)有助於解決大學和非營利團體與營利法人間在合作時，因為規範差異在協調與溝通上的問題。See Madison, Frischmann, & Strandburg, *supra* note 135 at 691-692.

[152]「共用地悲劇」是在理性選擇與交易成本的理論下發展出來的模式，Ostrom 雖然挑戰此一模式但其本身也在此理論傳統之下，她仍是以賽局理論以及以將個人的行動取決於物質利益最大化的選擇。 參方念萱、 謝昇佑，<從知識公共財管理到公共知識生產：理論與實踐的兩難>，發表於「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會，數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、 拓展台灣數位典藏計劃主辦，台大法學院霖澤館國際會議廳(2010 年 1 月 16、17 日)，頁 158。 Madison 等三位學者以也承認他們的 IAD 框架受到理性選擇與經濟學的理論的影響很大 。Michael J. Madison, Brett M. Frischmann & Katherine J. Strandburg, *Reply : The Complexity of Commons*, 95 CORNELL L. REV. 839, 845 (2010).

其實，因為 IAD 只是一個分析框架，它的確具有科際整合的潛力，Madison 等三位學者，甚至嘗試在討論治理「被建構的文化共用資源」的「實踐規則」時，納入了「歷史與敘事」(history and narratives）的層次。[153]但是，他們仍然太快接受西方智慧財產論述所架構的二元對立的概念，把智慧財產當成「預設」環境，而將公共園地當作「自然」環境，並不利於我們發現治理文化共用資源的其他選擇。

第二款 過猶不及的智慧財產：反共用地悲劇的意義與侷限

另一個值得注意的理論發展是 Heller 的「反共用地悲劇」。該概念源自於 Heller 對從共產主義轉換到私有市場的俄羅斯的觀察，他發現莫斯科的房屋的所有權在換軌到私有制度的過程，因為過於零碎的切割，反而造成了「不足使用」(underuse）的「反共用地悲劇」。[154] 雖然「反共用地悲劇」的概念並非源自於智慧財產的脈絡，不過如同「共用地悲劇」的觀念在實體與無體財產都有重大的影響，「反共用地悲劇」的概念亦復如此。事實上，Heller 在其《僵局經濟》一書，也以馬丁路德的紀錄片 Eyes on The Prize 以及專利權對製藥產業的反共用地悲劇等現象來說明此概念。[155]

在該書中，Heller 認為我們對所有權的認知，往往只限於共用地與私有地的二元對立概念，這樣過於簡化的圖像（圖六），造成人們對於「僵局經濟」（gridlock economy）的現象視而不見。 私有化在這個簡化的圖像中，除了解決「過度使用」的共用地悲劇的問題，人們無法想像私有化本身有可能會造成任何問題。 [156]因此，為了要讓人們看見過多的零碎私有財產，導致財產權人間因為交易成本過高，無法將資源做有效利用的「不足使用」的系統性現象，Heller 創造了「反共用地悲劇」此一詞彙。他也認為在有了「共用地」與「反共用地」這樣

---

[153]Madison, Frischmann, 及 Strandburg, *supra* note135 at 698-699.
[154]Michael A Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1997).
[155]See HELLER, *supra* note 136 at 9-11,49-78.
[156]*Id.* at 34-35.

的對稱概念後，我們才比較有可能達成資源的最適使用。[157]最後，Heller 也提示了幾個「解開僵局」的可能方向，其中之一便是自願協定（voluntary agreement），而 ASCAP 與創用 CC、乃至自由軟體都被其歸類在此一解決方案之下，它們的共通處是在促成四散的著作權人在沒有政府的介入下，透過自願協定建構所需的資源，克服交易上可能的僵局。[158]

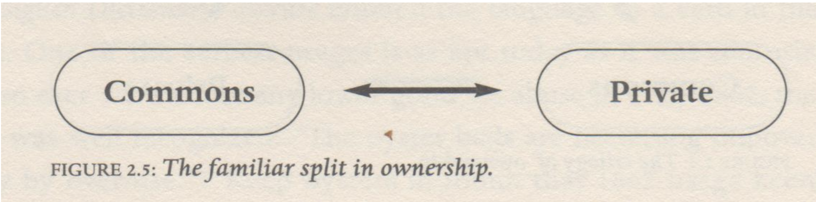


FIGURE 2.5: *The familiar split in ownership.*

圖六 ： 熟悉的財產權區分
資料來源：The Gridlock Economy : How Too Much Ownership Wreck Markets , Stop Innovation, and Costs Lives

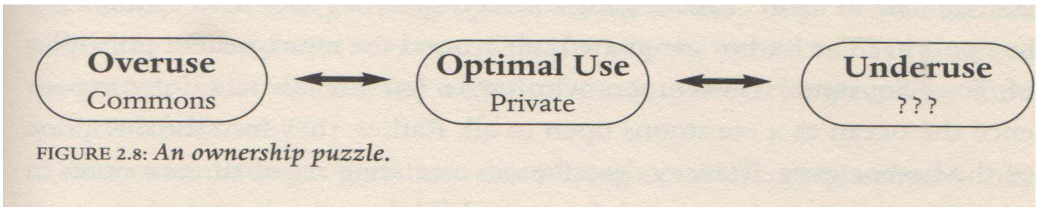


FIGURE 2.8: *An ownership puzzle.*

圖七 ： 財產權的疑問
資料來源：The Gridlock Economy : How Too Much Ownership Wreck Markets , Stop Innovation, and Costs Lives

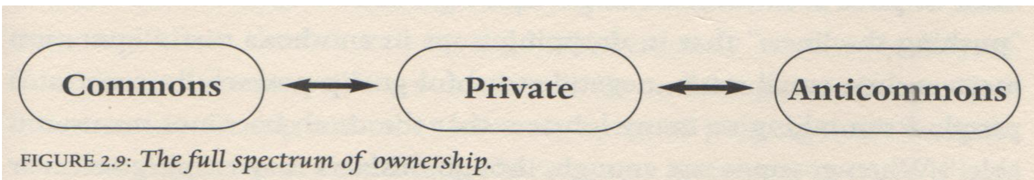


FIGURE 2.9: *The full spectrum of ownership.*

圖八 ： 完整的財產權光譜
資料來源：The Gridlock Economy : How Too Much Ownership Wreck Markets , Stop Innovation, and Costs Lives

---

[157]See *Id.* at 41-42.
[158]*Id.* at 196-197.

Heller 的概念有其價值，他讓我們看見除了「共用地悲劇」之外，還有「反共用地悲劇」，因此（智慧）財產不再只是位完美無缺，拯救我們倖免於難共用地悲劇的英雄，其本身也有可能讓我們不自覺地我們走向另一齣悲劇。而如同 Heller 所言，光是為這個現象命名，讓人們與政策制定者更容易看到這個現象，就可以帶來一定的改變。[159]儘管如此，**Heller 並沒有挑戰私有財產的中心位置，對他而言，問題在於「過猶不及」，因此，只要運作得當，私有財產代表的仍是資源的最適使用。** 換言之，在「反共用地悲劇」的概念下，智慧財產權人對其私有財產的控制地位，同樣沒有受到根本的挑戰。

此外，「反共用地悲劇」，其實關注的也是過多財產權人的情形下，彼此難以達成協議的交易成本的問題 。因此，在這個架構下，ASCAP、創意共用、乃至自由軟體都成為了一種透過自願協定，減低交易成本的中介機制。與前述 Madison 等人的 IAD 框架相同，在 Heller 的「反共用地悲劇」下，我們比較容易看到的層次還是交易成本的問題，但是創意共用在中介工具之外的可能角色與問題，就不太容易察覺。

值得注意的是，如同 Heller 所言，他的「僵局經濟」概念下的「不足使用」，僅限於所有權過於零碎的情形，因此，獨占雖然同樣也會造成「不足使用」，但是這種「單一」所有權人造成的「不足使用」，並不在其概念的指涉範圍。[160]就此而言，Heller 的「反共用地悲劇」，顯然與因為反獨占論述而誕生的公共園地，有所不同。 這也使得 Heller 的反共用地悲劇概念，無助於我們對愈來愈集中的媒體集團，掌握愈來愈多的文化資源的權力不對稱的獨占現象，提出批判。 事實上，對於 Heller 而言，讓零碎的財產權由一個人統一管理，其實是解決僵局經濟的可行方式。而在智慧財產論述中，企業（家）可以取代其僱用的「文化勞工」成為「作者」，或者由其受讓取得許多共同創作的著作的智慧財產，一個重要原因是這種單一所有人的方式，可以避免太多「共同作者」造成的財產權的零碎化，乃至不易管理與並且開發其市場價值的問題。 雖然，類似的問題，我們可以採用維基百科與自由軟體的模式來解決，透過「著佐權」相同方式分享的要求，讓人們可以自由使用大家共同創造的共用資源，因此也就沒有所謂的「僵

[159] *Id.* 187-189.
[160] *Id.* 45.

局」。但是，因為 Heller 的「反共用地悲劇」，沒有辦法區分這兩者在價值上的差異，所以將資本家擬製為「原創天才」或者由其受讓來統一管理，在 Heller 的「反共用地悲劇」的概念下，不僅不是問題，還是解決問題的方案。換言之，享有龐大智慧資產的資本家，反而可能因為「反共用地悲劇」的概念，而獲得額外的正當性。

第二項 再發明財產---資訊環保運動的下一步

> 在我們的語言裡....有一個字代表土地：Eloheh。這個字同時也意指歷史、文化與宗教。 我們不能把土地，與土地上的生活，以及我們所以為人的理念和願景分離。從小我們就被教導，與我們共同分享土地的動物、樹和植物，都是我們的兄弟姊妹。所以當我們在講土地時，我們談得不是財產、 領域、或者甚至是一塊讓我們蓋房子與耕種的地方....
>
> Jimmie Durham, Easter Band of Cherokees[161]

> ......我們是不是都在用漢字寫西方小說呢？.......為什麼我說是用漢字寫的西方小說呢，首先請看：我們都是個別的作家，而且個別作家擁有個別作品的創作權。 光是一句話的兩個元素---我的作品是出自「我」的「創作」，這就是一個現代性的概念.......中國的小說還有一個特色，就是它不是一個單一的作者，運用一個單一的文本，形成一個單一的創作所有權，甚至它跟個人創作、 個性創造這幾個形而上的概念，是無關的。它是你用，我也可以用，武林、江湖、 門派、寶劍以及技擊之術，通通都是各代作者、講者彼此分享的......
>
> 張大春　2008[162]

[161]PETER MATTHIESSEN, INDIAN COUNTRY 118 (1994)(Quoting Jimmie Durham, Eastern Band of Cherokees).

[162]張大春，<我所繼承的中國小說傳統>，《INK 印刻文學生活誌》，第 4 卷第 12 期，2008 年 8 月頁 47-51。

第一款 再發明財產的必要

在本文的緒論，我曾經指出許多論者或行動者，對他們不滿或所要抵抗的對象---智慧財產論述，大概只有一個模糊的想法。 但是許多人對於他們所不滿的制度背後的正當性基礎，卻比較缺乏歷史縱深的視野，因此他們的抵抗或不滿，很可能又不自覺地複製了智慧財產論述的話語。 Madison 人的 IAD 框架，就太快接受了智慧財產論述所架構的二元對立概念，把西方智慧財產制度當作被建構的文化資源的「預設」環境，而將相對於西方智慧財產制度的公共園地，作為「自然」環境，從而可能對此分析框架的貢獻，造成不必要的限制。Heller 的「反共用地悲劇」，讓我們看見「共用地悲劇」的對立面，發現「過猶不及」的問題，貢獻甚著，但是他的平衡，仍然是以私有財產為核心的平衡。有趣的是，Lessig 在 Amazon.com 的書評盛讚此書為典範轉移之作，認為 Heller 反共用地悲劇的概念，完全倒轉了過去政策問題的架構，會對智慧財產的政策有深遠的影響。[163]不過，Heller 的「倒轉」其實沒有更動智慧財產的中心位置，而 Lessig 所倡議的創意共用授權，亦復如此。在《自由文化》一書， Lessig 在檢討了美國著作權法、科技、市場的集中化在歷史的發展後，指出「在我們（美國）的歷史上，從來沒有像此刻一樣，有**那麼少人**掌控那麼大的權力，能夠藉由合法的權利控制未來的文化發展。」[164] 創意共用是他想要扭轉此一情形所提議的對策之一，但是，強調作者對其財產控制的自由的創意共用授權，雖然曝露了作者與中介人的矛盾，卻也複製了智慧財產論述的話語，而這些話語正是「那麼少人」可以掌握那麼大的權力的正當性所在。 創意共用授權目前的策略，沒有讓我們看見隱身在原創天才、思想/表達的公私二元對立後的智慧財產權人的正當性焦慮，反而可能因為複誦了這些話語，讓人們接受這是智慧財產權人的「專制與獨有」的領域，從而正當化了資本家所享有的文化權力，而這不只是允准文化，還是少數人的允准權力。

[163]Lawrence Lessig, Lawrence Lessig on the Gridlock Economy, http://www.amazon.com/Gridlock-Economy-Ownership-Markets-Innovation/dp/0465029167 Amazon.com Editorial Reviews (last visited 2010/08/10).

[164]LESSIG, *supra* note 47 at 170. 括弧內文字為本所加。 原文整句以斜體強調，但此處的粗體則為本文所加。

在緒論時，我也曾經指出創意共用授權是公共園地復興運動的「財產權轉向」（property turn），而且也檢討了這場運動，從「反財產權」到「反反財產權」的理論爭辯。 一些論者開始認為公共園地的支持者，不應該棄「財產權論述」（property talk）不顧，因為它是如此的有修辭的力量，Fagundes 甚至以為我們應該從財產權的「內部」想像公共園地，而不是將公共園地放在智慧財產之外。「財產權轉向」的創意共用運動的發展，正與這樣的理論變遷有所呼應。它的廣受歡迎，相當程度正在於它擁抱了「財產權論述」，但是，它卻沒有從財產權的內部重新想像公共園地，因此進退失據的「實質公共園地」最後卻成了「智慧財產」，原本向左行的抵抗著作權（counter copyright, CC），「轉向」之後，反而一路右傾。 但是，重新想像的關鍵，並不僅只是 Fagundes 認為智慧財產缺乏「明確」的邊界，因此智慧財產的最大問題在於「不夠財產權化」的主張。其實，創意共用的最大貢獻，如劉靜怡所言，正是在於透過清楚的標示降低著作權的不確定性，因此可以避免過多預警措施的不效率。 但是，光是解決明確的問題是不足夠的，要從內部重新想像智慧財產，必須要從建構它的智慧財產論述的拆解下手。以下，我想要拋磚引玉，從「互相依賴的參與式作者」（interdependent participative authorship）與「文化景觀」（cultural landscape）的角度， 提出「文化共用財產」（cultural common property）的初步構想。

第二款 文化景觀裡互相依賴的參與式作者---文化共用財產芻議

以「原創天才」為理想的我的形象的作者，是浪漫主義文學思潮後的現代產物，而這樣的作者形象，在智慧財產論述的正當性建立過程，扮演著相當重要的角色。 因為著作是「原創的」，所以這是屬於他個人的。而是否享有的「作者」的名號，或者至少是作者的受讓人，更是資本家對這些智慧財產的交換價值，享有專有排他權利的正當性所在。 但是，如同前文所強調的，智慧財產論述潛藏著許多結構上的斷裂與矛盾，因此在權利的**行使**層次，固然「原創天才」的形象一再被強調，但是，因為智慧財產必須服務於資本主義文化商品化的驅力，而這些差異化的同質商品，幾乎不可能是「原創的」，因此雖然在被後世認定為「合理使用」源始的 *Folsom* 案中，Story 法官表示「除了量以外，（交換）價值也

是我們永遠需要關注的因素」，從而將當時著作權的權利範圍「擴張」到「一字不差的重製」之外，他在 *Emerson* 案認定**取得**著作權的「原創性」的要件，是否要新與原創時，卻採取了這樣的說法：

> 究其實際，文學、科學、藝術不可能有任何東西是嚴格意義下的新與原創。任何文學、科學、藝術的書籍都會借用與使用過去已知而且被使用過的素材，**而且必須如此**......即使是 Shakespeare 和 Milton，此等可以驕傲而且當之無愧被稱為原創天才[的人物]，我們也可以發現他們仰賴於當時的古典研究與知識的豐富庫藏。[165]

在權利的行使時，智慧財產權人是原創天才或原創天才的受讓人，但是，在權利的取得時，他們卻只要是「不完美的複製者」即可，而這樣的矛盾，其實是智慧財產論述根本而且必要的結構。因為，如果在「取得」與「行使」著作權的不同層次，都是以人人都是借用者的形象來架構作者，作者還有其受讓人就「原創成果」的「獨有與專制」的正當性就會發生問題；相反地，若率以浪漫天才的「原創」為準，將會不利於文化商品的財產權化，從而智慧財產權人也無法享受到建構在原創天才的「原創性」上的「獨有與專制」的控制。

如前所述，對智慧財產論述的抵抗，往往是從其內部話語的矛盾為起點，要求一以貫之。 過去台灣八零年代前期，一些論者反對美國將電腦軟體排入著作權的客體的嘗試如此，創意共用授權曝露作者與中介人看似結盟但實屬依附的努力亦然。 因此，我們不妨從 Story 法官的這段話語，作為我們討論「互相依賴的參與式作者」（interdependent participative authorship）的概念的開始。

首先，「文學、科學、藝術不可能有任何東西是嚴格意義下的新與原創」，這意味著所有的作者，都得之於前人與同時代的公眾甚多。Lior Zemer 即根據此一想法，認為公眾也是作者的著作的「共同作者」。[166]但在這個層次上，我想要

[165]粗體為本文所強調。討論與引註請參見第二章。
[166]LIOR ZEMER, THE IDEA OF AUTHORSHIP IN COPYRIGHT 73-109,187-225 (2007).

強調的是：這意謂作者雖然有個人心智勞力的付出，他同樣也有責任去回饋前人的貢獻，因為既然他/她站在眾人的肩膀上，他就沒有資格，可以任意地排除他人也站在他/她的肩膀之上，換言之，這不應該是他「獨有與專制」的領域。

其次，為何「任何文學、科學、藝術的書籍都會借用與使用過去已知而且被使用過的素材，**而且必須如此**」呢？作者並非處於原子式、全然獨立的自我空間，相反地，正如學者 Craig 所言：「作者的身份（authorship）在於和已經在那裡---而且已經形塑我們的意識型態、我們的社群、還有我們自己---的意義、文本、論述去互動，然後加上自己的一些東西以及我們（為社會所建構）的主觀性（subjectivity）」。[167]而在這種對話式的取徑下，作者的身份不再是原創的，而是參與的，不再是內在的，而是互動的、 不再是孤立的、 而是相互依賴的。[168]

而在「互相依賴的參與式作者」的觀念下，我們所要關注的，應該是學者 Cohen 提出的「文化景觀」（cultural landscape）的概念，亦即問題不在於智慧財產所建構的對立面公共園地，是否有（實質）擴大，或者被保留在那裡，而是我們是不是有基本的權利去近用和參與我們生活所在的「文化景觀」。[169]當個人自願對外公開其著作後，他/她就改變了文化景觀，影響了其他人的生活。特定文化景觀的繁榮景象，往往不是個別的「原創」作者促成的，而是要其他人共同參與、 並且生活其中。 其實，單單是有許多人在利用或熟悉著作的事實，就會使得著作的價值提高。[170]人們需要欣賞、使用或非得透過該著作來表達，往往不是因為作者「原創」的「勞力價值」，而是因為該著作被許多人熟識與認知，是他們生活所在的文化景觀，他們無法選擇不呼吸那裡的「空氣」。事實上，當著作的價值越高，成為傳統或詮釋社群的文化的一部份時，它來自於個別作者所貢獻的價值的比例其實就愈低。此時，讓那裡的文化景觀成為智慧財產權人的「獨有與專制」的領域， 不僅讓它獲得了不對稱的權力去索取「門票」，享有不完全屬於他們所有的報酬，其實也禁錮了我們的心靈。 如同 Waldron 所言，米老鼠的

[167]Carys J. Craig, *Reconstructing the Author-self : Some Feminist Lessons for Copyright Law*, 15 J. GENDER, SOC. POL'Y & LAW 207, 246 (2007).
[168]*Id.* at 246.
[169]See Julie E. Cohen, *Copyright, Commodification, and Culture : Locating the Public Domain*, *in* THE FUTURE OF THE PUBLIC DOMAIN : IDENTIFYING THE COMMONS IN , 157 (P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault ed., 2006).
[170]See Guy Pessach, *Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities*, 76 S. CAL. L. REV. 1067, 1068, 1083 (2002).

爭議在於其侵入了我們的文化世界，讓我們的意識無法擺脫它的存在，它是一個在我們所居住的環境中，被**刻意**（deliberately）灌輸在我們的意識的人造物 。[171]

另一方面，文化景觀下互相依賴的參與式作者的觀念，也可幫助我們重新檢視思想/表達的公共、 私有的二元對應。 如前所述，思想在智慧財產權論述，其實是非財產客體的隱喻說法，而它的作用在於保證重要的公共「思想」，不會為因為保護「表達」的智慧財產而受到限制。但是，對於生活在文化景觀中的我們，思想/表達的區分其實意義不大。表達不是中立的「媒介」，它不是 Stowe 的律師 Perkins 口中那個在傳達思想時，我們可以完全感覺不到其存在的符號，相反地，正是這些符號建構了我們的心靈。如同 Cohen 所言，將「思想」的重要性置於「表達」之前，這種論述其實是著作權法所獨有，文化理論中幾乎看不到此種區分。[172]其實，思想/表達的區分，它的功能不在於文化、民主功能、乃至自我實現，而是在透過隱喻的二元置換，和緩智慧財產權人的焦慮。因為， 文化景觀的發展，必然不可能脫離符號的意義與詮釋，而抽象地以「思想」的形式存在；而複製這些「表達」的人，也不是 Nimmer 所謂欠缺意志、時間或精力的複製者，或者 McGowan 的懶惰的寫手，相反地，對於相互依賴的作者而言，參與這些表達的重構與詮釋，他/她才有可能在被符碼、意義與文本建構的自我中，以主動地角色去自我實現。[173]而這才是一種「民主文化」（democratic culture）。[174]

在上述文化景觀與相互依賴的參與式作者的概念，我們要如何再發明財產呢？以下，是我就「文化共用財產」（cultural common property）的初步想法，進一步的討論與研究可能還待他文。

在文化共用財產的概念下，智慧財產與在智慧財產「反面」的公共園地的區

---

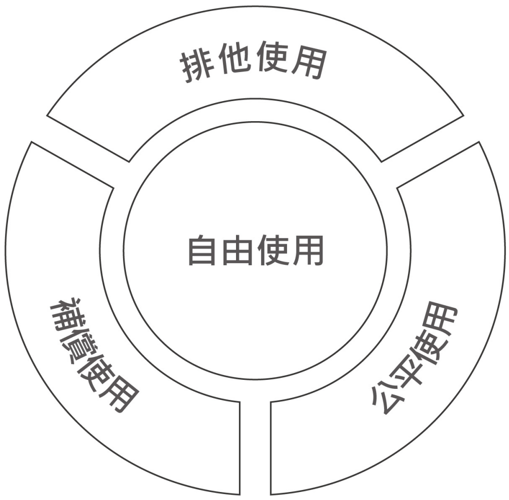
[171] Jeremy Waldron, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, 68 CHI.-KENT L. REV. 841, 883 (1992). 粗體為本文所加。

[172] Julie E. Cohen, *Creativity and Culture in Copyright Theory*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1151, 1170-1171 (2007).

[173] See ROSEMARY J. COOMBE, THE CULTURAL LIFE OF INTELLECTUAL PROPERTIES : AUTHORSHIP, APPROPRIATION, AND THE LAW 248-272 (1998).

[174] See Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 33-38 (2004).

分，不再重要。因為「專有排他權利」不再是唯一的權利，以該客體個人是否享有專有排他權利的二元劃分，也就沒有特別的意義。 **在文化共用財中，智慧財產的「擁有」的關係，變成互相依賴的作者參與文化景觀的建構從而實現自我時的「使用」關係**。 而文化共用財產，總共由四種使用權利構成，其中「自由使用」的權利居於核心的位置，其次是「公平使用」、「補償使用」與「排他使用」三種權利。



圖九： 文化共用財產的四種權利
製圖者：黃泰然

「自由使用」的概念指得是世界上的任何人皆可不經他人允准使用著作的權利。 其中，非商業性改作的類型即屬於「自由使用」。至於其他的使用方式，則依照個案情形來衡量， 例如對文化景觀的參與，是否需要非商業性改作以外的使用。 此外部份的著作在一定的排他使用與類似強制授權的補償使用權利的年限經過後，非商業性改作使用以外的方式也會成為「自由使用」。此種自由使用，與西方智慧財產下的公共園地並不相等。 例如原住民族的集體創作，在互相依賴的參與式作者的觀念下，不會因為不是屬於個人的創作就是「自由使用」。更重要的是，在文化共用財產的概念下，自由使用不是被「去權利化」或無法確認其存在的他者，它不是智慧財產論述下，被排除在權利系譜之外，因為沒有人對其有專有排他權利，所以就是沒有人「所有」的「孤兒」的公共園地，而是位於文化共用財的財產權利的核心。 須說明的是， 這種權利不能主動請求他人提供

著作， 但是，因為著作只要是自願公開，任何人在他可以自行取得的範圍內，都至少就有非商業性改作的自由使用權利，因此，現行智慧財產制度下的「數位權利管理」（digital right management）的科技鎖，由於必然會限制到此種自由使用的權利，[175]所以任何人不僅都可以請求移除，在制度設計上，為了予以嚇阻，也可以設計損害賠償的制度（例如損害賠償一部份歸公眾所有，一部份歸提起訴訟之人，後者主要是讓人有誘因去提起訴訟）。 此外，補償使用與排他使用也不是「普世」的權利，例如，美國的出版商在其本土或者其他所得較高的國家，固然可以享有排他使用或補償使用的權利，但是，在其他需要快速吸取知識，而且人民普遍貧窮的國家，該國家的人民基於平等與發展的考量，對這些著作可以有享有商業與非商業性重製、甚至可以任意使用的權利，此即「公平使用」。公平使用與自由使用的差異在於，它不是任何人都可以主張的使用權利，而必須是特定國家或地區的人民。

須說明的是，有人可能會認為任何人都可以主張的自由使用，根據互相依賴的參與式作者的文化景觀的觀念 ，在全球資本主義行銷的文化商品這類的全球文化景觀，固無問題，但是，如果人們沒有生活在特定的文化景觀之中，並非特定的文化社群的一份子，他/她難道也有這種自由使用的權利嗎，特別是改作的標的，如果是特定文化社群有神聖、宗教意涵的著作呢？ 就此，我認為文化社群的劃界本來就是一個困難的事情，有可能深受文化景觀的人，卻不被社群中的主流認定為是他們的一份子，因此，讓任何人都以從事非商業性的改作，可以避免概念上區分的困難以及可能的危險。其次，所有的神聖、宗教與傳統的意義都是可爭辯而且流動的，社群之外的人的參與，反而有可能從外部挑動原本在特定社群內已經被穩固、 甚至具有壓迫性的符碼，而這對處於文化社群之中，但因為結構性的阻力，難以發聲的文化異議者（cultural dissent）來講，其實是有意義的。 最後，因為自由使用的權利，核心部份僅限於於非商業性的改作，所以也不容易發生文化商品化與剝削的流弊。

[175]原因在於即使排他使用的權利人僅想要限制商業性的重製，但是因為數位科技改作的前提必須要能夠得以重製，而電腦在技術上無法像人腦就個別情況去區分改作與重製的差異，所以這把鎖會同時限制自由使用的權利。

第三款　對創意共用組織的一些建議

創意共用組織因為強調的是作者的控制，而且沒有跳脫智慧財產的二元建構，因此不僅很容易就複製了智慧財產論述的話語，就其本身的定位，也只能停留在曖昧模糊的「實質公共園地」。但是，若從文化共用財產的角度來看，我們其實可以把創意共用定位為實踐文化景觀中互相依賴的作者的自由使用的權利的一種運動。 在這樣的定位下，創意共用授權應該從實踐其自由的理念展開論述，調整目前的宣傳與自我定位，讓更多人可以更清楚的認知到創意共用組織的自由文化的理念，並且因為該理念採用創意共用授權。 當然，使用者即使不認同創意共用授權的理念，他/她仍然可以因為務實的理由採用，但是，創意共用授權仍需將理念清楚表達，因為其亦肩負著自由文化的意識覺醒的功能。

就授權條款而言，因為核心的自由為非商業性的改作，因此創意共用授權應該將「姓名標示-非商業性-禁止改作」和其他五種授權條款作出可見的區別。如此一來，才能比較一致地強調其想要實現的最核心的自由。 須要說明的是，雖然此一授權條款與「非商業性改作」的自由相衝突，但是，我不主張將此一授權條款「退休」，一方面是因為實際使用者眾，一方面是其仍允許非商業性的重製的自由，而這些自由對實現知識近用是有幫助的，再者，在一些情況下，不同脈絡的重製往往也會對著作的意義產生改變，並且豐沛可以自由重製的資源也有助人們的創作。因此，創意共用組織要做的應該是，在「非商業性改作」之外，強調其亦重視「非商業性重製」自由的意義。

最後，目前創意共用組織在讓使用者選擇授權條款時，詢問的問題是：「是否允許您的著作被使用於商業目的」、「是否允許他人改作您的著作」這兩個問題，第二個問題除了是與否之外，還有「可以，只要別人以相同授權方式分享」這個選項。[176]這其實是站在著作權人如何管理其著作的角度，而非以使用者認同的自由作出發下，所設計的工具。 在這個工具下被突顯的是控制，而非自由。其實，目前的「創意共用實驗室」（CC Lab）有另外一套「自由授權產生器」（Freedoms License Generator）工具的設計，是以使用者想要在作品上實現何種

[176]See http://creativecommons.org/choose/ (last visited 2010/08/14).

自由的角度去設計。[177] 這樣的設計概念，比較容易去彰顯創意共用組織想要實現的自由的理念，讓人們基於認同來選擇想要實現的自由。 另一方面，這也可以避免目前一些使用者，雖然採用了創意共用授權，但是由於授權的過程中，非商業性重製的自由沒有被突顯，所以沒有意識到選擇了「不允許商業使用」、「不允許改作」，就意味著允許任何人對其著作予以非商業性的重製的，讓未來創意共用資源的使用可能發生爭議，甚至影響人們對於資源的信賴。

[177]See http://labs.creativecommons.org/demos/freedomslicense/ (last visited 2010/08/14).

第六章　結論

在《英國法評論》的著名段落，Blackstone 認為沒有什著事情比財產權這個個人可以完全排除任何人干涉的「獨有與專制的領域」更能激發人的情感與想像；不過，如同 Carol Rose 所言，在 Blackstone 這段激昂的文字下，隱藏地其實是焦慮與不安----「不過非常少人會願意招惹麻煩去思考這個權利的原初與基礎.......好似恐懼這會玷汙我們的資格」。智慧財產權人也有著同樣的焦慮與不安，因此在其「獨有與專制」的領域內，他們需要一個「正應如此的故事」（just-so-story），而智慧財產論述的功能即在於此。

安妮法案一般被認為是第一個保障作者的著作權法。但是，其通過之際，不僅實體書籍與無體智慧在概念的區分仍然十分模糊，而沒有今日「著作」的觀念，它服務的主要也是倫敦書商的利益。 前身為《為促進學問以及保障**正當所有人**對書籍之財產所提之議案》的安妮法案，倫敦的書商一直是背後的主要推動者，而透過將自己的角色從審查者定位為受讓人，其結盟的對象也從政府轉換為作者。在作者的權利論述下，倫敦書商不僅回復了在《執照法案》失效後所喪失的獨占地位，他們甚至取得了比起過去更高的正當性。 這種訴諸「作者」保障的話語，其實是智慧財產論述的基本結構之一，而安妮法案正是此一論述的開端。

在智慧財產論述所敘述的這個「正應如此的故事」中，原創天才是舞台上的主角。這是關於他抵抗誘惑、 成長、 進而得到其應有報酬的的故事。 故事裡抵抗複製的誘惑的作者，一路向理想的我---原創天才---的成長路程邁進，他沒有受到鬼魅、 落後、 荒涼的公共園地的誘惑，成為懶惰的寫手。 在他開創的新疆，他是土地的財產權人，這是他「個人可以主張與行使對外在事物的權利，並完全排除宇宙中任何人干涉的獨有與專制的領域」，因為沒有什麼比「原創創作」更應該屬於他所有。 作者/財產權人也是趕走公共園地，讓我們得以倖免於共用地悲劇的英雄。 他所守護的智慧財產，那裡是一片豐饒的知識土地，代表著文明、 進步與法治，而在疆界之外的公共園地，則是荒涼、 落後、野蠻的。

但是，童話故事在快樂的結局之後，總還有故事，而且再也一點都不童話。首先，先是書商「受讓」了作者的王國，以繼承人的身份行使作者的專有排他權利。 但是，時日一久，等到作者的存在妨礙其享有智慧財產，行使其「獨有與專制」的領域時，他/她們就不能再享有「作者」的名號。 「他不是作者」（he is not the author），而是就受著作權保護的私有財產進行複製，沒有發明、創造任何東西的「編劇家」或「翻譯員」，或者為資本家雇用，從事「文學勞動」的「勞工」。 在後者，就像其他身體勞動的勞工一樣，他/她們的勞動成果，依照「普世法則」，都是僱用人的財產。 尤有甚者，這些「文化勞工」只不過是執行資本家心靈與意志的的機械與工具，高瞻遠矚的企業（家）才是背後的原創天才----真正的「作者」。

不過，智慧財產論述這不僅是個未完待續的故事，它還是個斷裂與矛盾的話語。儘管在權利「行使」的正當性的層次，「原創天才」的故事對資本家而言不可或缺，但到了著作權「取得」的層次，特別是就沒有人的荒原—公共園地—而言，「原創性」其實就是「不完美的複製」而已。原因在於，市場具有交換價值的文化商品，如果以浪漫天才的「原創」標準作為著作權的取得要件，它們可能（都）無法成為「作者」的財產，而作為他們的受讓人/僱用人的資本家也就沒有辦法對這些產品有「獨有與專制」的權利/力，而這對在資本主義的推動下以利潤最大化為職志的資本家而言，毋寧是塊必須搬走的石頭。因此，在智慧財產論述，作者一方面是「原創天才」，一方面卻又是「眼力不佳的複製者」（copiers with bad eyesight），雖然矛盾，但這卻是智慧財產論述根本而且**必要**的結構。

同樣在智慧財產的取得與行使層次，有著斷裂與矛盾的關係的，則是讓智慧在「後安妮法案時代」，得以成為財產的思想/表達二分法。透過公共的思想與私有的表達的二元對立的區分，它**保證**了公共的「思想」，不會因為智慧財產權人對「表達」的「獨有與專制」的權利/力行使，而受到限制，從而使其正當性不會受到太大質疑。正因如此，在高舉言論自由的美國，法院才能安心地認為「傳統樣貌」的著作權法，因為包括思想/表達二分法此一內建的言論自由安全閥，已經原則上調和了著作權與公共領域的衝突。但是，從思想/表達二分法的演變來看，它從來沒有一個可以稱之為「傳統」的樣貌。相反地，思想在英美著作權法的「傳統」，其實是「非著作權客體」的隱喻說法。真正在為

「表達」和「思想」進行劃界的是資本主義下市場的交換價值。如 Blackstone 所言，任何有（交換）價值之物必然是財產的客體，換言之，也就必然是「表達」。 因此，思想/表達二分法其實代表的是智慧財產論述的傳統。

戰後的台灣因為長期處於戒嚴法制，國民黨政府在戰後以迄戒嚴晚期，著作權法都是採取延續自國民政府時期的註冊審查制度。但是，著作權法在當時的言論管制系統，僅處於輔助性的角色，實質管制的效果有限。 國民黨政府更在意的，應該是註冊言論取得著作權「執照」後，可能意味著「合法言論」的象徵意義。而值得注意的是，諸如違反出版法、文理不通或錯誤、聊奇怪誕涉於迷信等審查標準，雖然明顯屬於「基於內容的言論管制」，但是，除了批評這些審查標準沒有法源依據，違反法律保留的形式要求之外，比較少論者從實質的言論自由保障出發，要求廢止此制度。 事實上，若以呂秀蓮《新女性主義》為例，法院的態度反而是認為內政部根據台灣警備總司令部的意見---「書中醜詆我國固有文化，嚮往雜交群婚，顯有乖違社會倫常即有悖人情公序」---不予註冊的決定，因為係維護社會秩序所必要，所以「與憲法第十一條言論自由之規定，殊無妨礙」。

相較於言論自由的主張，西方發展出來的智慧財產論述，認為著作是作者自然享有專有排他的財產，反而是許多論者要求廢除註冊審查制度的主要根據。不僅最高法院先行在 1966 年因為作者「耗費心力」，而以民法的第 184 條第 1 項前段，先行承認作者對其作品即使未註冊，在民法上仍享有權利，學者和律師以及 1976 年成立的「中華民國著作權人協會」，也都訴諸作者私有財產的自然權利，以為註冊審查制度違背了憲法第十五條對人民財產權的保障。最終，這也導致了 1985 年著作權法從註冊審查主義，改為創作取得主義。 當時的內政部長吳伯雄認為這是「一個基本觀念的變革」，立法委員黃主文也認為此為「先進」的立法，因為著作權既被認為具有財產的價值，又屬動產，本應不待登記即受保護，而這又同時可鼓勵著作人著作，因此亦符合公益。

不過移植西方「先進」國家的已經成熟的智慧財產論述，雖然方便，而且是強而有力的工具，但是在「法理如此」的思維下，智慧財產論述以專有排他權利為中心，而將公共園地視為權利之外的他者的知識架構，幾乎沒有受到任何質疑。 因此，我們可以發現當丹青公司想要去確認「公共園地」的存在時，反而被法院認為是「自認」無著作權，不符法律上確認之訴的「保護之必要」

的要件。 法院所以這樣認定，在於其認知下，權利僅有專有排他權利一種，所以，丹青公司要成為「權利人」，只能主張他印刷公共園地作品的紙張的所有權會因此而有私法地位上的危險。 在智慧財產論述的架構下，法院「不能去」看見公共園地----它是沒有人「所有」的荒地。同樣的情況，也發生在美國要將進入公共園地的「十年舊片」重新圈有的爭議上。雖然蕭雄淋認為業者在此的反抗中，展現了相當高的「權利意識」，但是，當這樣的「權利意識」要進入法律體系，卻必須以去權利化的「法安定性」還有訴諸民族情感的「國法尊嚴」來表達。 相反地，把沒有人所有的公共園地，重新圈為私有的行徑，在智慧財產論述下，反而可以輕易主張這是對人民權利的保障，而應從新從寬地就已進入公共園地的著作，採用新法較長的權利年限，讓其重獲「保護」。換言之，在移植西方智慧財產論述的過程，我們也同時讓公共園地成為了權利的他者。

戰後台灣註冊審查制度的廢除，除了訴諸於智慧財產論述下的專有排他權利的私有財產的知識定位外，也有人以此制度「落伍」未跟上歐美在著作權法發展的歷史演進為由，要求改用「現」階段的創作主義。其實，這種落後的時間感，不僅在註冊審查制度的廢除有一定的角色，它同時也與智慧財產與公共園地也存在著發展與進化的時序關係相互呼應，因此，當八零年代台灣因為美國的要逼，而智慧財產制度走向「現代化」後，即產生了「抵抗中的認同」的現象。

在文明/原始 、 進步/落後、 開發/ 未開發、 繁榮/ 荒涼、 秩序/海盜的主客體建構中，智慧財產與公共園地存在著從落後到發展、從原始到進化的時序關係。 智慧財產被認為是現代性與文明的代表，而公共園地則是過去落後的傳統與海盜的象徵。 這種時序上的關係，也被某些戰後台灣的論者，拿來作為「抵抗」的工具，認為美國不讓台灣翻印西書，以求文明輸入之功的作法，而要求台灣一律保護美國人的智慧財產，是揠苗助長的作法。具體而言，他們的抵抗論述可以分為三類：（1）強調文化差異，認為華人傳統一時無法接受知識是個人私有財產 （2） 台灣文化水準尚屬落後，需要快速吸收外國文化（3）台灣是開發中國家，先進國家的法律尚不適合國情。但是這樣的「抵抗」，其實是以「認同」智慧財產與公共園地的二元時序關係作為前提。 它是一種揭露自我恥辱的抵抗策略， 不把知識視為財產的的傳統，與賣女兒一樣，都是華人欠缺法治的野蠻觀念和行徑。公共園地仍然是他者，而美國的現代智慧財產

制度， 才是台灣「理想的我」。因此，當八零年代台灣經濟起飛以及本土化的浪潮與論戰逐漸加溫，而離「現代」與「自立」的時間更近時，雖然仍有美國的「先進」法律尚不適合「國情」的聲音，但比起過去已經微弱許多，取而代之的是，不少論者認為台灣已經到了「割斷臍帶，拿掉奶瓶」的時候，而認為美國人的著作，應該在台灣對本國人著作改採創作取得主義之後，因為國民待遇之故，獲得同樣的保護。吳心柳便認為重視與尊重著作權，才能讓新文化生根而有助於「文化的發展進步」，因為一個連著作權都不能尊重、保護的國家，其「社會原始性未泯.....必然不會擁有屬於他們自己的現代文化」；當時的教育部長李煥也認為這只是回歸「法治」的作法而已，因為「以前我們是違法的，今後不應再延續這一違法行為」。

同一期間，台灣也正面臨產業轉型，資訊科技產業被國民黨政府寄予厚望，雖然同樣有人認為電腦軟體以著作權法來保護的「先進」立法，並不適合「國情」，但是八零年代聲浪，其實是偏向「時候到了」的一方。人們開始覺得類似「仿」蘋果二號電腦的產業是生長在「幽暗潮溼」的「菌類」，一時或許發榮滋長，但是看不到「次朝太陽」，因此保護智慧財產才是發展的正道。在這樣的心態下，時任國貿局長的蕭萬長更疾呼國人應該趕快建立「仿冒是我們的公敵」的「共識」，對他者採取積極的檢舉行動。令人感到反諷的是，如同美國的東方研究學者 William Alford 所觀察，台灣之所以在八零年代會快速地接受美國的智慧財產制度，並不僅僅是美方的壓力之故，而是台灣許多人**認為**智慧財產是必要的。 這其實顯露出了台灣過去的「抵抗中的認同」的策略的侷限性與問題所在，它並沒有挑戰智慧財產，反轉公共園地的他者，而僅是以「時候未到」為由作為抗拒的理由，但是，等到「時候已到」，這種「抵抗」就成了智慧財產論述的共謀。

不過，這也不是代表，認同智慧財產論述中的某些元素，沒有辦法作為抵抗的工具，因為如前提示的，智慧財產論述並不追求理論一貫，相反地，往往為了服務資本家的議程，它的斷裂與矛盾反而成為必要。 因此，儘管自十八世紀中葉的英國以來，表達成為財產的理由，就在於它是個人情感的表現，而電腦軟體的目的是在作為處理事務的工具，而非在於工程師個人的情感表達，依照智慧財產論述的內部知識分類，它也應該要被歸在專利法的範疇，或者需要特別立法。 但是，著作權已有諸如伯恩公約這樣的國際保護，在其創作完成之際，不必像專利法一樣一國一國的註冊，即可取得近乎「普世」的權利，其保

護時間又長，而由零與一組成不能為人類所理解的目的碼若係著作權客體，又可避免申請專利時，權利人必須公開到他人可以據以實施的要求。 因此，著作權法對當時軟體工業處於領先地位的美國而言，毋寧是最佳的選擇。這也是為何美國在拖了超過一百年後，終於加入伯恩公約，而伯恩公約特別規定電腦軟體亦為「文學著作」的原因之一。但是，這不是邏輯上必然的發展，即使依照智慧財產論述內部的標準亦然，因此，儘管在八零年代後期，因為美國雙邊談判與多邊協定的策略運用得宜，電腦軟體作為文學著作又漸漸地變得相當「自然」，但是在八零年代初期，當內政部因為美國的壓力，先以「廣義之文字著譯」核准電腦軟體的著作權註冊，行政院版本的著作權法修正草案又繼之將電腦軟體明列成為著作權客體之一，我們其實可以看到不少逐漸熟悉西方智慧財產制度的「法理」的論者，反對這樣的作法。當時宏碁電腦公司的法務顧問鄭中人即以為將電腦軟體納入著作權法的最大問題即在於「名不正」，蓋著作權的目的是在鼓勵創作， 溝通人與人之間的感情觀念或看法，而電腦軟體設計之目的則在於處理例行性的事務，其目的在於使用而非欣賞。雖然，最後此一抵抗，因為在美國的主導下，將電腦軟體以著作權法保護逐漸成為「國際趨勢」後，相關的質疑聲浪幾不再復見，但這其實也顯示了作為智慧財產論述在結構上的矛盾與斷裂，因此人們是可以以認同智慧財產論述的部份元素或標準為出發，進行「認同中的抵抗」。

發源於美國的創意共用授權，採用的也是「認同中的抵抗」的策略。藉著網路帶來的去中介化的契機與想像，創意共用授權在不否定作者的權利的前提下，以作者行使權利的中介工具自居，嘗試在原本作者與中介人/資本家看似結盟，實則依附的關係下，讓作者獲得自主 。這樣的策略，也避免了過去公共園地在十八世紀誕生後，因為得不到逐漸浮現的職業作者的認同，失去動員力量的問題。 創意共用組織的宣傳與論述策略，乃至後來 CCplus 的推出，都是反應著此種思維。 就此而言，創意共用確實嘗試拆解原本被隱藏在智慧財產論述的結構下，作者與中介人/資本家的利益矛盾。雖然，因為台灣的仲介團體多採專屬授權以及在既有產業型態的運作下，還沒有非常多在內容產業工作的創作者，願意採用創意共用授權，但是在仲介團體與著作人只能簽訂非專屬授權的美國，ASCAP 近來對創意共用組織的批評，其實也顯露了這個抵抗的可能潛力。

儘管如此，這種「認同中的抵抗」的策略，因為是建立在著作權制度之上，再加上創意共用授權所提供的選項，與其自由文化的重混理念有所矛盾，而其

論述策略又強調彈性的選擇，它的自由文化，因此更像是作者「自由」允准的文化，傳達地反而是作者可以任意控制其私有財產的智慧財產權意識。此外，它還很容易強調自己的「合法性」，而將自己與「非法」抵抗的他者區隔開來。 在這個「認同」的架構下，創意共用對現行著作權法的批判就不得不模糊不清，而只能將自己定位為「中立」的工具。「如果作者不介意，為什麼我們不可以這麼做的？」的交易成本問題的質問，其實是創意共用組織目前對著作權法最清楚而一致的批判。但是，這個批判所以可以清楚的表達，原因正在於它並不否定，反而是肯認了作者控制其私有財產的地位，從而也就沒有挑戰隱藏在「作者」面貌下的資本家的權利/力。

這也是為何創意共用在缺乏由下而上的運動基礎，而帶有推廣性質的台灣，很容易為智慧財產論述所收編，而成為強調授權（與使用者付費不同者，僅在於這是免費授權），以及提倡智慧財產權意識的工具。 從經濟部智慧財產權與無名小站合作推廣「創用 CC 標誌」，強調「自己的權益，自己秀出來」的訴求，還有許多圖文創作者在推薦創意共用授權的「再現」中，我們所看到是智慧財產論述的話語的「複述」，而非對其提出「異議」。創意共用授權於此，並未展示分享，而是強化了作者/權利人對私有財產的控制與詮釋的意識 ，並且讓使用者更意識到作者權利的存在。 它反而可能讓智慧應該被「作者」擁有，而且是他「獨有與專制」的領域的觀念更加自然，從而鞏固了智慧財產論述，而這正是 Lessig 所反對的讓「**那麼少人**掌控那麼大的權力，能夠藉由合法的權利控制未來的文化發展」的正當性的來源。若係如此，創意共用就不會是如 Boyle 所言在既有政治現實下，不得不然的「次佳選擇」 ，而是無可奈何的「次糟選擇」。

再者，因為創意共用授權的分享，是作者就其私有財產「控制下的分享」，「保留部份權利」的訴求，其實並未在公共園地與智慧財產的二元對應的經濟發展時序關係下，提出另外的第三條路，而只是提示了智慧財產的新的管理之道。作為「控制下的分享」，創意共用授權強調的彈性，不僅繫諸於著作權給了夠多的控制，它的自由選擇的前提，也是一個保護廣泛的著作權法。 或許，對許多人而言，它代表了一種新興的商業模式，但是，這種「控制下的分享」，與內容產業會在廣播頻道上和消費者「分享」音樂，兩者在性質上的差異並沒有想像的大。 現行論述策略下獲得成功的創意共用授權，無法否定知識經濟價值提高後，智慧財產財產（擴大）保護的必要，僅是表示個別的權利人，比起

「拒人門外」，「欲擒故縱」在一些情況下是「管理」智慧財產更好的方式。

在緒論時，我曾經指出創意共用授權是公共園地復興運動的「財產權轉向」（property turn），而且也檢討了這場運動，從「反財產權」到「反反財產權」的理論爭辯。一些論者開始認為公共園地的支持者，不應該棄「財產權論述」（property talk）不顧，因為它是如此的有修辭的力量，Fagundes 甚至以為我們應該從財產權的「內部」想像公共園地，而不是將公共園地放在智慧財產之外。「財產權轉向」的創意共用運動的發展，正與這樣的理論變遷有所呼應。它的廣受歡迎，相當程度正在於它擁抱了「財產權論述」，但是，它卻沒有從財產權的內部重新想像公共園地，因此進退失據的「實質公共園地」最後卻成了「智慧財產」，原本向左行的抵抗著作權（counter copyright, CC），「轉向」之後，反而一路右傾。其實，就創意共用而言，財產權從來就不可能是「中立的工具」，因為財產權既是創意共用的行動策略，也是它嘗試挑戰的對象。換言之，創意共用不僅是財產權的「轉向」，它更應該也要是財產權的「轉化」。而如果重新想像智慧財產，對智慧財產進行拆解與轉化，那麼我們就得從它的正當性基礎----智慧財產論述---下手。

對智慧財產論述的抵抗，往往是從其內部話語的矛盾的操縱開始，要求一以貫之，因此我們不妨也以此為起點，作為我們重新想像智慧財產的起點。首先，在權利行使的層次，固然「原創天才」的形象一再被強調，但是，因為智慧財產必須服務於資本主義文化商品化的驅力，而這些差異化的同質商品，幾乎不可能是「原創的」，因此為了要證明這些不是嚴格下新與意義的原創，但是具有交換價值的著作同樣也可以是智慧財產，Story 法官採取了一個非常後現代的說法，雖然與「作者原意」完全不同，但我們不妨將 Story 法官的這段文字當作「文化景觀裡互相依賴的參與式作者」（inter-dependent participative authorship in cultural landscape）的格言：

> 究其實際，文學、科學、藝術不可能有任何東西是嚴格意義下的新與原創。任何文學、科學、藝術的書籍都會借用與使用過去已知而且被使用過的素材，**而且必須如此**......即使是 Shakespeare 和 Milton，此等可以驕傲而且當之無愧被稱為原創天才[的人物]，我們也可以發現他們仰賴於當時的古典研究與知識的豐富庫藏。

作者並非處於原子式、全然獨立的自我空間，相反地，正如學者 Craig 所言：「作者的身份（authorship）在於和已經在那裡---而且已經形塑我們的意識型態、我們的社群、 還有我們自己---的意義、文本、論述去互動，然後加上自己的一些東西以及我們（為社會所建構）的主觀性（subjectivity）」，因此，重點在於我們是不是有基本的權利去近用和參與我們生活所在的「文化景觀」---這個由學者 Cohen 所提出的概念。 在這樣的認知下，本文提出了「文化共用財產」（cultural common property）的初步想法，而在文化共用財中，智慧財產的「擁有」的關係，變成互相依賴的作者，參與文化景觀的建構從而實現自我的時的「使用」關係。

文化共用財產，總共由四種使用權利構成，其中「自由使用」 的權利居於核心的位置，其次是「公平使用」、 「補償使用」、與「排他使用」三種權利。補償使用與排他使用不是「普世」的權利，例如，美國的出版商在其本土或者其他所得較高的國家，固然可以享有排他使用或補償使用的權利，但是，在其他需要快速吸取知識，而且人民普遍貧窮的國家，該國家的人民基於平等與發展的考量，對這些著作可以有享有商業與非商業性重製、 甚至可以任意使用的權利，此即「公平使用」。 公平使用與下述自由使用的差異在於，它不是任何人都可以主張的使用權利，而必須是特定國家或地區的人民。「自由使用」的概念指得是世界上的任何人皆可不經他人允准使用著作的權利。 其中，非商業性改作的類型即屬於「自由使用」。 至於其他的使用方式，則依照個案情形來衡量， 例如對文化景觀的參與，是否需要非商業性改作以外的使用。 此外部份的著作在一定的排他使用與類似強制授權的補償使用權利的年限經過後，非商業性改作使用以外的方式也會成為「自由使用」。在文化共用財產的概念下，自由使用不是被「去權利化」或無法確認其存在的他者，它不是智慧財產論述下，被排除在權利系譜之外，因為沒有人對其有專有排他權利，所以就是沒有人「所有」的「孤兒」的公共園地。

從文化共用財產的角度來看，創意共用的定位不再模糊不清，它不再因為私人智慧財產與公共園地的二元對立，而處於一個尷尬的位置。相反地，它是為了實踐文化景觀中互相依賴的作者的**核心**權利---自由使用---的一種運動。而從這裡出發，或許資訊環保運動才更可能為我們帶來真正的改變。

參考文獻

檔案、報紙、 網站

中華民國統計年鑑

立法院公報

中央日報

中華日報

中國時報

自立晚報

聯合報

經濟日報

台灣創用 CC 計劃

保護創意 用得安心-- 無名小站與智慧財產局共同推廣「創用 CC」

教育部全國創用 CC 諮詢中心

Creative Commons
Definition of Free Cultural Works
Encyclopedia Americana Online
Encyclopedia Britannica Online
Electronic Frontier Foundation
Public Knowledge
Stanford Center for Internet and Society
Students For Free Culture
Wikipedia

中文

E先生（2007）。 <創用CC使用者的經驗談>，《創用CC電子報》，第14期，2007年6月。

Kugnlin（2007）。《創用CC》。http://www.youtube.com/watch?v=eCKZdq4Sjr4&feature=youtube_gdata 。

三澤真美惠 （2002），《殖民地下的「銀幕」：台灣總督府電影政策之研究（1895-1942年）》。台北：前衛。

于衡 （1959/06/22）。 <台北外記：「大英百科全書」的糾紛>。《聯合報》，第3版。

中國時報社論（1984/10/24）。<審慎審查著作權法>。《中國時報》， 第2版。

方念萱、 謝昇佑（2010）。 <從知識公共財管理到公共知識生產：理論與實踐的兩難>。發表於於《「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會會議手冊》，頁151-177。數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、 拓展台灣數位典藏計劃主辦，2010年1月16、17日，台大法學院霖澤館國際會議廳。

王洪鈞 （1982/12/20）。 <以爭千秋的精神修正著作權法>。《中央日報》，第10版。

王栻主編（1986）。《嚴復集》。中華書局：北京。

王泰升（2006）。《台灣法律史的建立》。台北：作者自版。

王珮儀（2008）。《創用CC授權之法律理論與實務分析》。國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

王維菁（1999）。 《著作權與台灣影視產業的政治經濟分析》。私立世新傳播研究所碩士論文。

王蘭萍 （2005）。《近代中國著作權法的成長（1903-1910）》。北京：北京大學出版社 。

王壽南 （1998）。 <抗戰前十年的出版法規>，《國立政治大學歷史學報》，第15期，頁103-129。

卞中佩 （2001）。《在英雄傳略之外--台灣資訊科技工業「奇蹟」的歷史結構起源》。世新大學社會發展研究所碩士論文。

史尚寬 （1954）。《著作權法論》。台北：中央文物供應社。

生活雜誌編輯部 （1985） 。 ＜薩孟武與偽造文書罪＞，《生活雜誌》，第9期。1985年3月，頁16。

生活雜誌社論 （1986） 。<國家權利 不可睡覺—論美國人著作權應否註冊>，《生活雜誌》，第23期，1986年4月。頁5。

朱稚芬 （2006）。《論著作權法與公共領域之衝突與調和機制》。世新大學法學院碩士論文。

杜惠錦 （2005）。《著作權存續期間之變遷與著作權公共領域之研究》。國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

呂光 （1974）。〈談談著作權有關登記保障之問題〉，收於氏著，《呂光法學論著》，頁25-31。台北：華欣文化。

呂佩芳 （2006）。《開放性授權契約對著作利用之影響》。國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

呂佩芳、楊智傑， （2005） 。<「釋放部份著作權」之法律經濟分析>，《智慧財產權月刊》，第81期，2005年9月，頁96-126。

呂靜雯主編（2007）。《創作分享 快樂使用：簡介創用CC授權》。台北：教育部。

呂紹理（2005）。《展示台灣：權力、空間與殖民統治的形象表述》。台北：麥田。

呂學海（1986/04/22）。<學術升級的挑戰----訪教育部次長阮大年談西書翻印>。《中國時報》，第8版。

何凡 （1977/11/22）。 <玻璃墊上 保障著作權之道>。《聯合報》，第12版。

辛廣傳（2000）。《台灣出版史》。石家莊：河北教育出版社。

李秋月（1980）。 <如何有效保障著作權—著作權法修訂座談會>，《大學雜誌》，第133 期 ，1980 年 4 月，頁 16-33。

李明山主編（2003）。《中國近代版權史》。河南大學出版社，2003。

李敖（1986）。《海盜萬歲》。台北：遠流。

吳心柳（1982/03/20）。<未名集 贊成註冊 反對審查內容>。《聯合報》，第 8 版。

______ （1986/03/14）。 <未名集 買智慧>。《聯合報》，第 8 版。

______ （1986/05/19）。<不重視著作權 新文化就不能生根>。《聯合報》，第 8 版。

吳宗樺（2007）。 <論以創用 CC 授權之著作另外授權台灣著作權仲介團體管理之可行性>，《創用 CC 電子報》，第 17 期，2007 年 9 月。

吳尚崑 （1999）。《著作財產權存續期間之研究》。私立東海大學法律學研究所碩士論文。

吳惠如、莊庭瑞（ 2005 ）。<著作權法的舊命題 面臨數位時代的新挑戰 --- Creative Commons Workshop座談會>，《當代》，第219期，2005年11月，頁90-97。

杜聲鋒（1988）。 《拉康結構主義精神分析學》。 台北：遠流。

丘宏達（1983/02/24）。<美國公司在我國的訴訟能力--我國法院判決蘋果電腦自訴不受理一案之商榷>。《中國時報》，第2版。

邱盈翠（2008）。《公共領域的結構轉型—以美國著作權法的理論變遷與實務觀點為中心》。國立清華大學科技法律研究所碩士論文。

邱盈翠、黃居正（2009）。〈公共領域的結構轉型〉，收於劉靜怡、邱彭生、黃居正編，《傳統智慧與公共領域—原住民族傳統智慧創作保護論文集》，頁219-256。台北：數位典藏與學習推廣計畫、數位典藏拓展台灣數位典藏計畫。

周林、李明山主編（1999）。《中國版權史研究文獻》。北京：中國方正。

林聖斌 （2006）。《公共領域在數位環境中面臨的衝擊》。國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

林俊言，<台灣著作權法簡史：拷貝逐漸受限的法發展史>，http://www.openfoundry.org/index.php?option=com_mtree&lang=tw&link_id=1093&task=viewlink

協中（1965）。<國內各界對於翻印西書問題的看法>，《出版界》，第1卷第3期，1965年5月，頁21-28 。

柯志明（2001）。《番頭家：清代台灣族群政治與熟番地權》。 台北：中央研究院社會學研究所。

施文高（1975）。《著作權法概論》。台北：商務。

徐火明 （1985/01/20）。<解開保護著作權的幾個難題>。《聯合報》，第2版。

翁得元 （1989/09/22）。<「使用者付費 」天經地義>。《經濟日報》，第3版。

唐維中 （1979/06/24）。<著作權法制度的檢討與改進>。《自立晚報》，第3版。

莊庭瑞（2007）。<台灣「創用 CC」計畫的過往與展望＞，《創用CC電子報》，第11期，2007年3月。

莊庭瑞等。 《權利不變、 創意無限》。第一版。台北：中央研究院資訊科學研究所。http://creativecommons.org.tw/static/about/material。

莊庭瑞等。《權利不變、 創意無限》。第二版。台北：中央研究院資訊科學研究所。http://creativecommons.org.tw/static/about/material。

荻原有理（2006）。<"版權"與"著作權"兩個詞在日本的來龍去脈>。http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf （最後修改日2006年4月29日）。

國史館編審（2002）。《國民政府著作權法令史料》。台北縣新店市:國史館。

張大春（2008）。<我所繼承的中國小說傳統>，《INK印刻文學生活誌》，第4卷第12期，2008年8月，頁46-57。

張靜（1983）。《著作權法評析》。台北：水牛。

____（1983）。<未經註冊之著作物保護與制裁>，《法學叢刊》，第110 期，1983年4月，頁80-85。

____ （1986），<反躬自省 痛切檢討>，《今日生活》，第237期，1986年 6月，頁29-30。

張藝鴻（2009）。 <數位典藏計畫公眾授權政策之引進：中研院民族所的經驗>，《創用CC電子報》 ，第36期，2009年4月。

郭晏銓、 莊庭瑞（2005）。<當「Remix Culture」遇上「All Rights Reserved」: CC Party「數位藝術創作者與CC座談會」記實」＞，《典藏今藝術》，第159期，2005年12月 ，頁162-163。

陳定堯 （1986）。 <亟應全面建立編譯制度>，《今日生活》，第237期，1986年6月，頁23-24。

陳昭如（2002）。〈創造性別平等，抑或與父權共謀？--關於台灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，《思與言》，第40卷第1期，2002年3月，頁183-248。

______（2008）。 <法律東方主義陰影下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治>，《台灣社會研究季刊》，第72期 ，2008年12月，頁93-135。

陳啟明 （1983/02/22）。 <仿蘋果二號的勃興與沒落>。《經濟日報》，第12版。

陳韋綸 （2008/10/31）。 <廣播從客運公車上消失之後—談著作權之合理使用及難以為用>。《破報》，復刊第534期。 http://pots.tw/node/1217。

統領雜誌編輯部（1992）。<智慧財產，開挖—小心偷到別家>，《統領雜誌》，第83期，1992年6月，頁12 。

黃居正（2010） 。 <原創性與公共領域---原住民族傳統智慧創作保護中的兩難命題>。收於「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會會議手冊，頁61-90。數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、 拓展台灣數位典藏計劃主辦，2010年1月16、17日 台大法學院霖澤館國際會議廳。

黃泰然主編（2010）。《認識創用CC授權》。台北：教育部，2010年5月。

黃鐘 （1985）。<最後的機會 最後的呼籲---從產業政策看電腦立法>，《生活雜誌》，第9期，1985年3月 。

黃茂榮（1985）。<未註冊之著作物在侵權行為法上之被害適格>，收於氏著，《民事法判解評釋》，頁387-402。台北：植根。

賀德芬（1984/10/31）。<科技發展與法律---從電腦官司談起>。《中國時報》，第3版。

______（1984/11/15）。<著作權法也應保護外國人的作品>。《聯合報》，第2版。

______（1986/04/11）。<停止盜印 掌握文化升級契機>。《聯合報》，第2版。

______（1986）。<文化升級此其時矣>，《今日生活》，第237期，1986年6月，頁25-28。

______（1987）。<著作權審查的商榷>，收於氏著，《著作權面面觀》，頁47-55。台北：幼獅。

______（1987）。<著作權立法應採的途徑>，收於氏著，《著作權面面觀》，頁25-34。台北：幼獅。

______（1989），《著作權法之立法檢討》。台北：行政院研究發展考核委員會。

______（1994）。<文化創新與法制化—著作權法的現代意義>，收於氏著《文化創新與商業契機：著作權法論文集》，頁13-43。台北：月旦。

______（1994）。<反仿冒法律規範的檢討—著作權及其他反仿冒法律問題>，收於氏著《文化創新與商業契機：著作權法論文集》，頁95-165。台北：月旦。

______（1994）。<智慧財產與國家發展>，收於氏著《文化創新與商業契機：著作權法論文集》，頁47-59。台北：月旦。原刊於《科技類智慧財產權之性質與保護》行政院科技顧問組出版，1993年。

陶有志（1960/04/27）。<美國歷史上的翻印大英百科全書案>。《聯合報》，第3版。

辜雅蕾（2008）。<從賦權（empowerment）的概念淺談文化工作者使用創用CC授權>，《創用CC電子報》，第25期，2008年5月。

趙柏強（2009）。<華文地區團隊訪談>，《創用CC電子報》，第39期，2009年7月。

經濟部智慧財產權局（2009）。《著作權，生活通》。台北：經濟部智慧財產權局。

經濟日報社論 （1984/12/26）。<多元利害 電腦權益 三年有成 >，第2版。

監察院財政及經濟委員會（2005）。《我國相關部門對於專利、商標、著作等智慧財產權保護及執行措施績效之檢討》。台北：監察院。

澎湃 （1979/10/18） 。 <再談著作權註冊的改進>。《中華日報》，第10版。

楊子 （1984/03/03）。 <楊子漫談經濟 反「仿冒」論>。《經濟日報》，第11版。

楊仁壽 （1983/02/28） 。 <美國公司在我國的當事人能力>。《聯合報》，第3版。

楊秀菁（2001）。 《台灣戒嚴時期的新聞管制政策》。國立政治大學歷史學系碩士論文。

楊崇森（1983）。《著作權法論叢》。台北：華欣文化。

______ （1985/01/14）。 <電腦軟體保護立法不宜草率>。《聯合報》，第2版。

______ （1986/04/22） 。 <爭取主動權---從法理觀點看著作權>。《中國時報》，第8版。

楊維楨（1986）。〈新著作權法與大學理工教育〉，《中國論壇》，第259期，1986年7月，頁11-13。

鄭中人 （1984/11/20）。 <電腦軟體應受著作權法保護？>。《聯合報》，第2版。

鄭中人、施振榮 （1983）。 <修改電腦軟體著作之我見>，《0與1科技》，第35期，1983年11月，頁112-115 。

廖炳惠編著（2003）。《關鍵詞200 ：文學與批評研究的通用辭彙編》。台北：麥田。

熊學彥（1992）。<文化環保 使用者付費>，《統領雜誌》，第83期，1992年6月，頁26-30。

漢寶德 （1985）。<仿冒文化>，《天下雜誌》，第44期 ，1985年1月，頁63。

______ （1986）。 <為智慧喊價>，《天下雜誌》，第66期，1986年11月，頁135。

劉孔中（2007）。〈建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議〉，收於氏著，《智慧財產權法制的關鍵革新》，頁1-28。 台北：元照。

劉靜怡（2009）。〈建立原住民公共領域—政策與規範的考察〉，收於劉靜怡、邱彭生、黃居正編，《傳統智慧與公共領域—原住民族傳統智慧創作保護論文集》，頁97-119 。台北：數位典藏與學習推廣計畫、數位典藏拓展台灣數位典藏計畫。

______（2010）。 <數位時代中的創用CC與公共領域>。收於《「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會會議手冊》，頁37-60。數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、 拓展台灣數位典藏計劃主辦，2010年1月16、17日，台大法學院霖澤館國際會議廳。

謝銘洋（2008）。《智慧財產權法》。台北：元照。

謝銘洋等合著（1992）。《著作權法解讀》。台北：月旦。

謝銘洋、 鄭菀瓊、 王珮儀 （2010）。 <從著作權法觀點論數位典藏成果之資訊近用—以公共領域為例>。收於《「建立數位公共領域：理論建構與在地實踐」研討會會議手冊》，頁121-150。 數位典藏與學習之學術與社會應用推廣計劃、 拓展台灣數位典藏計劃主辦，2010年1月16、17日，台大法學院霖澤館國際會議廳。

隱地（1980） 。<請付轉載費—後窗之五>，《書評書目》，第84期，1980年4月，頁51-52。

嚴裕欽（2002）。<台灣法治之回顧與前瞻：著作權法>，《律師雜誌》，第273 期，2002年6月，頁69-83。

盧文祥（2005）。〈從著作財產權授權利用之困境探討創作共享機制之推展〉，《東吳法律學報》，第17卷第2期，2005年12月，頁249-296。

鐘尚倍（2009）。《台灣專利法制史—從比較法制史論專利權與財產法中之定位》。東吳大學法律學係碩士在職專組比較法學組。

蕭雄淋（1980/02/24）。<談著作權法的註冊審查制度>。《自立晚報》，第4版。

_____（1988）。《錄影帶與著作權法》。台北：自版。

______（1988），<電影著作權保護期間之研究>，收於氏著《錄影帶與著作權法》，頁3-69。台北：自版。

_____（1988/08/15）。<判這種罪實在不甘心>。《自立晚報》，第16版。

_____（1988/10/17）。<談「十年舊片」的爭執點—寫在中美著作權諮商會議之後>。《自立晚報》，第16版。

______（1989）。<我們的聲明與抗議—給美國在台協會>，收於氏著《中美著作權談判專輯》，頁247-250。台北：自版。

______（1989/04/10）。<中美著作權談判後的感想---推託與報復>。《自立晚報》，第16版。

______（1989/04/24）。<中美著作權談判後的感想（五）—未生與死亡>。《自立晚報》，第16版。

______（1993）。<大英百科全書官司攻防戰（七）—最高法院發回後有關中美條約適

用的爭執（上）>，《律師通訊》，160期，1993年1月，頁50-57。

______（1993）。<大英百科全書官司攻防戰（七）--最高法院發回後有關中美適用的爭執（下）>，《律師通訊》，161期，1993年2月，頁53-59。

蕭萬長（1984/03/13）。<仿冒是我們的公敵>。《中央日報》，第3版。

聯合報社論 （1959/06/26）。<譯印西書問題總得妥善解決>。《聯合報》，第2版。

______ （1960/04/10）。<翻印西書問題的法與情>。《聯合報》，第2版。

______ （1964/06/13）。<西書走私問題不容忽視>。《聯合報》，第2版。

______ （1986/09/02）。<「西書之戰」問題的省思>。《聯合報》，第2版。

聯合報黑白集 （1962/05/09）。<可恥的輸出>。《聯合報》，第3版。

英文

Alford, Williams P. (1995), To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization, Stanford, California : Stanford University Press.

Ashcraft, Richard (1986), Revolutionary Politics & Locke's Two Treatises of Government , Princeton, N.J, USA : Princeton University Press.

Balkin, Jack M. (2004), Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, 79 N.Y.U. L. Rev. 1.

Barbara , Arneil (1996) , John Locke and America: The Defence of English Colonialism , Oxford, England : Clarendon Press.

Baron, Robert A. (2002), Reconstructing the Public Domain(Metaphor as Polemic in the Intellectual Property Wars), http://www.studiolo.org/IP/VRA-TM-StLouis-PublicDomain.htm#t057.

Barzun, Jacques 著，鄭明萱譯（2006）。《從黎明到衰頹：五百年來的西方文化生活》。台北：貓頭鷹。

Baker, Chris著，羅世宏等譯（2004）。《文化研究：理論與實踐》。台北：五南。

Bell, Tom W. (1997), *Fair Use VS. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 N. C. L. Rev. 557.

__________ (2003), *Author's Welfare: Copyright as a Statutory Mechanism for Redistributing Rights*, 69 Brook. L. Rev. 229.

Benkler, Yochai (1999), Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U. L. Rev. 354.

____________ (2002), Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm, 112 Yale L. J. 369.

_____________ (2003), Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Prob. 173.

Bennet, Andrew (2005), *The Author*, New York : Routledge.

Bently, L. & Kretschmer M. eds. (2008), Primary Sources on Copyright (1450-1900),

www.copyrighthistory.org.

Bettig, Ronald V. (1996), *Copyrighting Culture : The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder, Colo : Westview Press.

Birnhack, Michael D. Birnhack (2003), Copyright Law and Free Speech After Eldred v. Ashcroft, 76 S. Cal. L. Rev. 1275.

Boiller, David (2008), *Viral Spiral : How the Commoners Built a Digital Republic of Their Own* , New York : The New Press.

Boyle, James (1996), *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of Information Society* , Cambridge, MA,USA : Harvard University Press.

___________ (1997), A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?, 47 DUKE L. J. 87.

___________ (2003), The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Prob. 33.

___________ (2008) , *The Public Domain: Enclosing the Commons of The Mind* , New Haven : Yale University Press.

Bracha, Oren (2008), The Ideology of Authorship Revisited : Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright, 118 Yale L. J. 186.

__________ (2008), "Commentary on *Stowe v. Thomas* (1853)", In L. Bently & M. Kretschmer (eds), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, www.copyrighthistory.org.

__________ (2008) "Commentary on *Folsom v. Marsh* (1841)", In L. Bently & M. Kretschmer (eds), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, www.copyrighthistory.org.

Breyer, Stephen (1970) , The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs, 84 Harv. L. Rev. 280.

Buinicki Jr., Martin Thompson (2003), Negotiating Copyright : Authorship and the Discourse of Literary Property Rights in Nineteenth- Century America, Ph.D. Diss., University of Iowa.

Burke, Peter 著，賈士蘅譯（2003）。《知識社會史：從古騰堡到狄德羅》。台北：麥

田。

Carrier, Michael A. (2004), Cabining Intellectual Property through a Property Paradigm, 54 Duke L. J. 1.

Carpenter, Scott (2008/12/04), Richard Stallman supports Creative Commons. Do you? , http://www.movingtofreedom.org/2008/12/04/richard-stallman-supports-creative-commons-do-you/ (last visited 2010/07/11).

Chander, Anupam (2006/03/18), Richard Stallman Critiques Creative Commons, http://www.chander.com/2006/03/richard_stallma.html (last visited 2010/07/23)

Chander, Anupam & Sunder, Madhavi (2004) , The Romance of the Public Domain, 92 Cal L. Rev. 1331.

Chen, Dominick (2007) , What is Asia Commons, from the website of iCommons.org : http://archive.icommons.org/articles/what-is-asia-commons, (last visited 2010/07/11).

Chen, Shun-ling (2006) Freedom as in a Self-Sustainable Community : The Free Software and Its Challenge to the Copyright Law ,4 Policy Futures in Education 337 available at http://www.wwwords.co.uk/pfie/content/pdfs/4/issue4_4.asp#2.

______________ (2009) , To Surpass or to Conform - What are Public Licenses For ? 2009 J.L. Tech. & Pol'y 107.

Choi, Daniel (2008), Golan v. Gonzalez: The Stalemate Between The First Amendment And Copyright Continues, 9 N. C. J. L. & Tech. 219.

Carroll, Michael W. (2006), Creative Commons and the New Intermediaries, 2006 Mich. St. L. Rev. 45.

Clapes, Anthony L. & Lynch, Patrick & Steinberg, Mark R. (1986), Silicon Epics and Binary Bards: Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs, 34 UCLA L. Rev. 1493.

Cohen, Julie E., (2006), "Copyright, Commodification, and Culture : Locating the Public Domain", In Bernt Hugenholtz Lucie Guibault (eds.), *The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law.* Netherlands: Kluwer Law International. pp. 121-166.

____________ (2007) Creativity and Culture in Copyright Theory, 40 U.C. Davis L. Rev.

1151.

Coombe, Rosemary J. (1998), *The Cultural Life of Intellectual Properties : Authorship, Appropriation, and the Law*, Durham, USA: Duke University Press.

Craig, Carys J. (2007), Reconstructing the Author-self : Some Feminist Lessons for Copyright Law, 15 J. Gender, Soc. Pol'y & Law 207.

Cramer, Florian (2006/10/08), The Creative Common Misunderstanding, NOEMA http://www.noemalab.org/sections/ideas/ideas_articles/cramer_cc_misunderstanding.html,(last visited 2010/07/18)

Curtis, George Ticknor (1847), *A treatise on the law of copyright in books, dramatic and musical compositions, letters and other manuscripts,* Boston: C. C. Little and J. Brown, available at http://www.archive.org/details/atreatiseonlawc00curtgoog.

Dagan. Hanoch (2006), Property and the Public Domain, 18 Yale J. L. & Human. 84.

De Beer, E. S. eds. (1976), *The Correspondence of John Locke*, Oxford , England : Clarendon Press.

Deazley, Ronan (2004), *On The Origin of The Right To Copy : Charting The Movement of Copyright Law in Eighteenth -Century Britain (1695-1775)*, Oxford,UK : Hart Publishing. Company

____________ (2006), *Rethinking Copyright : History, Theory , Language*, Northampton, MA, USA :Edward Elgar Publishing, Inc.

____________ (2008), " Commentary on Milton's Contract (1667)," In Bently & M. Kretschmer (eds.), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, www.copyrighthistory.org.

____________ (2008), "Commentary on Pope v. Curl (1741) ," In Bently & M. Kretschmer (eds.), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, www.copyrighthistory.org.

Demsetz, Harold (1967), Toward a Theory of Property Rights, 57 The American Economic Review 347.

Drahos, Peter (2002), *Information Feudalism : Who Owns The Knowledge Economy ?*, London : Earthscan.

____________ (1996), *A Philosophy of Intellectual Property*, Burlington, USA: Ashgate

Publishing Company.

Drone, Easton S. (1879), *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States. Embracing copyright in works of literature and art, and playright in dramatic and musical compositions,* Boston : Little, Brown, and Company, available at http://www.archive.org/details/cu31924019216898 .

Dusollier, Severine (2005), The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Copyright, 29 Colum J. L. & Arts 271.

Dutfield, Graham (2008), *Global Intellectual Property Law*, Cheltenham, UK : Edward Elgar.

Dylan, Jesse (2008), *A Share Culture,* http://creativecommons.org/videos/a-shared-culture .

Easterbrook, Frank H. (1990), Intellectual Property Is Still Property Property, 13 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 108.

Elkin-Koren, Niva (2005), What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering In Facilitating a Creative Commons, 74 Fordham L. Rev. 375.

________________(2006), "Exploring Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", In Bernt Hugenholtz Lucie Guibault (eds.), *The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law.* Netherlands: Kluwer Law International. pp. 325-345.

Fagundes, David (2009), Crystals in the Public Domain, 50 B.C. L. Rev. 139.

Fanon, Frantz著，陳瑞樺譯（2005）。《黑皮膚，白面具》。台北：心靈工坊文化公司。

Feather, John (1994) *Publishing, Piracy and Politics : An Historical Study of Copyright in Britain*, New York : Mansell.

Fisher, William (1997), Texts and Contexts : The Application to American Legal History of the Methodologies of Intellectual History, 49 Stan. L. Rev. 1065.

Fisk, Catherine L. (2003), Authors at Work: The Origins of the Work-for-Hire Doctrine, 15 Yale J.L. & Human. 1.

Ford, Heather (2008) , A Key Change at iCommons,

http://lists.ibiblio.org/pipermail/icommons/Week-of-Mon-20080825/001421.html (last visited 2010/07/24)

Foucault, Michael (1977), *Language, Counter-Memory, Practice*, New York : Cornell University Press.

________________著，劉北城、楊遠嬰譯（1977）。《瘋癲與文明》。台北：桂冠

Gillespie, Tarleton (2002), Sleight of Hand : Law, Technology, and the Moral Development of Authorship in the Napster and DeCSS, Ph.D. Diss., University of California.

Ginsburg, Jane C. (1989), Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, 64 Tul. L. Rev. 991.

_______________(1995), Putting Cars on The "Information Superhighway" :Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 Colum L. Rev. 1466.

_______________ (2007), “ 'Une Chose publique' ? The Author's domain and the Public Domain in Early Copyright Law,” In Paul Torremans (eds.), *Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research* Northampton, MA : Edward Elgar. pp. 133-160.

Goldstein, Paul (1992), Copyright, 55 Law & Contemp. Prob. 79

_____________ (2003), *Copyright's Highway : From Gutenberg To Celestial Jukebox*, Stanford, California :Stanford University Press

_____________ (2005), *Copyright's Commons*, 29 Colum J. L. & Arts 1.

Gordon, Wendy J. & Bahls, Daniel (2007), The Public's Right to Fair Use: Amending Section 107 to Avoid the Fared Use Fallacy, 2007 Utah L. Rev. 619.

Grosheide, F. Willem (2007), “In Search of the Public Domain During the Prehistory of Copyright”, In Charlotte Waelde & Hector MacQueen (eds.), I*ntellectual Property : The Many Faces of The Public Domain.* Northampton, MA : Edward Elgar. pp. 1-20.

Halbert, Debora J. (2005), *Resisting Intellectual Property*, New York : Routledge.

Heller, Michael A. (1997), The Tragedy of the Anticommos: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 Harv. L. Rev. 621.

________________ (2008) , *Gridlock-Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovations, and Costs Live*, New York : Basic Books.

Helprin, Mark (2007/05/20) , A Great Idea Lives Forever. Shouldn't Its Copyright?, op-ed The New York Times , available at http://www.nytimes.com/2007/05/20/opinion/20helprin.html.

Hesse, Carla (2002), The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance, 131 Daedalus 26.

Hayek, Friedrich . A. (1976), *Law, Legislation and Liberty*, Chicago : University of Chicago Press.

Hickerson, Hardod (1955), Book Review Ethnohistory vol. 2, No. 1 , pp 88-91, (reviewing The Montagnais "Hunting Territory" and the Fur Trade by Eleanor Leacock)

Hill, Benjamin Mako (2005) , Toward a Standard of Freedom: Creative Commons and the Free Software Movement, http://mako.cc/writing/toward_a_standard_of_freedom.html (last visited 2010/07/21).

Hogge, Becky (2006/06/06), What moves a movement, from the website of openDemocracy.org: http://www.opendemocracy.net/media-commons/movement_3686.jsp (last visited 2010/07/11)

Hughes, Justin (2005), Copyright and Incomplete Historiographies: Of Piracy, Propertization, and Thomas Jefferson, 79 S. Cal. L. Rev. 993.

Idris, Kamil (2002), *Intellectual Property: A Power Toll for Economic Growth*, Geneva, Switzerland : World Intellectual Property Organization.

Joi Ito (2009), *editorial*, Creative Commons Newsletter No.14 (Sept. 2009), available at http://wiki.creativecommons.org/Newsletter.

Jaszi, Peter (1991), Toward a Theory of Copyright : the Metamorphoses of "Authorship", 1991 Duke L. J. 455.

Johns, Adrian (2010), *Piracy : The Intellectual Property Wars From Gutenberg To Gates*, Chicago : The University of Chicago Press

Kaser, David (1969), *Book Pirating in Taiwan*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Kapczynski, Amy (2007), Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property, The, 117 Yale L.J. 804.

Kitch, Edmund K. (1977), Nature and Function of the Patent System, 20 J.L. & Econ. 265.

Koščik, Michal (2008), Creative Commons -- Will It Do Good in the Czech Republic, 2 Masary U. J. L. & Tech. 61.

Kymlicka, Will著，劉莘譯（2003）。《當代政治哲學導論》。台北：聯經。

Lange, David (1981), Recognizing the Public Domain, 44 Law & Contemp. Prob. 147.

Lee, Edward (2003), The Public's Domain : The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property, 55 HASTINGS L. J. 91.

Lemley, Mark A. (1996), Romatic Authorship and the Rhetoric of Property, 75 Tex. L. Rev. 873.

_____________ (2004), Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Tex L. Rev. 1031.

Lewis, Anthony (2007), *Freedom For The Thought That We Hate* : A Biography of the First Amendment, New York : Basic Books

Lessig, Lawrence (2004), *Free Culture : The Nature and Future of Creativity*, New York: The Penguin Press

______________ (2005/10/06), CC in Review: Lawrence Lessig on Supporting the Commons, from the website of Creative Commons : http://creativecommons.org/weblog/entry/5661 (last visited 2010/07/21).

______________ (2005/11/16), CC in Review : Lawrence Lessig on iCommons, from the website of Creative Commons : http://creativecommons.org/weblog/entry/5700(last visited 2010/07/21).

______________ (2005/12/07), CC in Review : Lawrence Lessig on Important Freedoms, from the website of Creative Commons : http://creativecommons.org/weblog/entry/5719(last visited 2010/07/21).

______________ (2006) Re-crafting a Public Domain, 18 Yale J. L. & Human. 56.

______________ (2006), “(Re)creativity : how creativity lives” In Helle Porsdam (eds.) *Copyright and Other Fairy Tales.* Northampton, MA, USA : Edward Elgar. pp.15-22.

______________ (2007/06/04), Retiring standalone DevNations and one Sampling licnese, Creative Commons, http://creativecommons.org/weblog/entry/7520 (last visited 2010/07/22).

______________ (2007), “The Vision for the Creative Commons : What are We and Where are We headed ?*”*, In Brian Fitzgerald (eds.) *Open Content Licensing : Cultivating the Creative Commons.* Sydney, Australia : Sydney University Press. pp. 36-49.

______________ (2008), *Remix : Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York: The Penguin Press

______________ (2009/04/05), from the there's-no-way-in-hell-you'll-win-that-one department, Lessig's Blog : http://www.lessig.org/blog/2009/04/from_the_theres-no-way-in-hell.html (last visited 2010/07/22)

______________ Lawrence Lessig on the Gridlock Economy, http://www.amazon.com/Gridlock-Economy-Ownership-Markets-Innovation/dp/0465029167 Amazon.com Editorial Reviews (last visited 2010/08/10).

Lindenbaum, Peter (1994), “Milton's Contract”, In Martha Woodmansee & Peter Jaszi (eds.), *The Construction of Authorship : Textual Appropriation in Law and Literature*. Duram & London : Duke University Press. pp.175-191.

Litman, Jessica (1990), The Public Domain, 39 Emory L. J. 965.

_____________ (2001), *Digital Copyright*, New York : Prometheus Books.

Liu, Andrain (2007), Copyright as Quasi-Public Property: Reinterpreting the Conflict Between Copyright and the First Amendment, 18 Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L. J. 383.

Logie, Jon (2003), A Copyright Cold War ? The Polarized Rhetoric of the Peer-To-Peer Debates, First Monday (July. 2003) http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/1064/984

Loh, I-Cheng & Benjamin Curtis (1964), Chinese Reprinters And World Copyright Practice -- Copyright : A Chinese View and a U.S Publisher's Reply, Publisher's Weekly (May 30, 1964).

McGowan, David (2003), Why the First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy, 65 U. Pitt. L. Rev. 281.

Madison, Michael J. & Frischmann, Brett M. & Strandburg, Katherine J. (2010), Constructing Commons in the Cultural Environment, 95 Cornell L. Rev. 657.

Mansnick, Mike (2010/06/25), ASCAP Claiming That Creative Commons Must Be Stopped;

Apparently They Don't Actually Believe In Artist Freedom, TechDirt, available at http://www.techdirt.com/articles/20100624/1640199954.shtml (last visited 2010/07/11).

_____________ (2010/06/28), ASCAP Members Pissed Off At ASCAP's Attack On Creative Commons, TechDirt, available at http://techdirt.com/articles/20100627/0142469971.shtml (last visited 2110/07/11).

Mathiessen, Peter (1994), *Indian Country*, New York : The Penguin Press

Mason, John Hope (2003), *The Value of Creativity : The Origin and Emergence of A Modern Belief*, Aldershot, Hampshire, England : Ashgate

May, Christopher (2010) *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights* : The New Enclosures, London Routledge.

May, Christopher & Sell, Susan K. (2006) *Intellectual Property Rights : A Critical History*, London :Lynne Rienner Publishers

McgGowan, David (2003), Why the First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy, 65 U. PITT. L. REV.281.

Merges, Robert P. (2004), A New Dynamism in the Public Domain, 71 U. Chi. L. Rev. 183.

Nader, Laura (2004), Law and the Theory of Lack, 28 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 191.

Netanel , Neil Weinsotck (2001), Locating Copyright Within the First Amendment Skein, 54 Stan. L. Rev. 1.

Nimmer, Melville B. (1969), Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press, 17 UCLA L. Rev. 1180.

Nimus, Anna (2006), Copyright, Copyleft and the Creative Anti-Commons, from the website of SUBSOL: http://subsol.c3.hu/subsol_2/contributors0/nimustext.html (last visited 2010/07/21)

Ochoa, Tyler T. (2003), Origin and Meanings of the Public Domain, 28 U. Dayton L. Rev. 215.

_____________ (2009/04/06), Ochoa on Golan v. Holder and Copyright Restoration, http://blog.ericgoldman.org/archives/2009/04/ochoa_on_golan.htm (last visited 2010/07/11).

Ochoa, Tyler T. & Rose, Mark (2002), The Anti-Monopoly Origins of the Patent and Copyright Clause, 84 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 675.

Ostrom, Elinor (1990), *Governing The Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge : Cambridge University Press

Ostrom, Elinor & Hess, Charlotte (2003), Ideas, Artifacts, and Facilities : Information as a Commons-Pool Resource, 66 Law & Contemp. Prob. 111.

____________________________ (2007), "A Framework for Analyzing the Knowledge Commons", In Ostrom, Elinor & Hess, Charlotte (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons*, pp.41-81, Cambridge, MA,USA: The MIT Press.

Patry, Willaims (2009), *Moral Panics and The Copyright Wars*,New York : Oxford University Press.

Patterson, L. Ray (1968), *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Tennessee, USA : Vanderbilt University Press

______________ (1997), Folsom v. Marsh and Its Legacy, 5 J. Intell. Prop. L. 431.

Patterson ,L. Ray & Lindberg, Stanley W (1991), *The Nature of Copyright: A Law of User's Rights* , Athens, Georgia, USA: The University of Georgia Press.

Peñalver, Eduardo M. & Katyal, Sonia K. (2010), *Property Outlaws : How Squatters, Pirates and Protesters Improve the Law of Ownership,* New Haven : Yale University Press.

Pessach, Guy (2002), Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities, 76 S. CAL. L. REV. 1067.

Posner, Richard A. & Landes, William M, (2003), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, MA, USA : The Belknap Press of Harvard University Press.

___________________________________ (2003), Indefinitely Renewable Copyright, 70 U. CHI. L. REV. 471 (2003)

Post, David G. (2009), *In Search of Jefferson's Moose : Note on The State of Cyberspace*, New York : Oxford University Press.

Reese , Anthony R. (2006), "The Story of Folsom v. Marsh : Distinguishing Between Infringing and Legitimate Use" In Jane C. Ginsburg (eds.), *Intellectual Property*

Stories, pp.259-297.

Ricketson, Sam & Ginsburg, Jane C. (2006), *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, New York : Oxford University Press.

Robertson, Lindsay G. (2005), *Conquest by Law : How The Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, New York : Oxford University Press.

Roberts , Clayton & Roberts, David著 ，賈士蘅譯 （1986）。《英國史》。台北：五南。

Rose, Carol M. (1994), *Property and Persuasion : Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership* , Boulder, Colo., USA : Westview Press.

____________ (1998), Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety , 108 Yale L.J. 601.

Rose, Mark (1993), *Authors and Owners : The Invention of Copyrigh*t, Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press.

_________ (2003), Copyright and Its Metaphors, 50 UCLA L. Rev. 1.

_________ (2003), Nine-Tenths of The Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Prob. 75.

Russell, Bertrand Arthur William 著，馬元德譯 （2005）。《西方哲學史（下）》。台北：左岸。

Reese, R. Anthony (2006), “The Story of Folsom v. Marsh : Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses”, In Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss (eds.), *Intellectual Property Stories* , pp.259-297.

Ruskola, Teemu (2002), Legal Orientalism, 101 Mich. L. Rev. 179.

Ryan, Michael P. (1998), *Knowledge Diplomacy : Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, D.C : Brookings Institution Press.

Said, Edward W. 著，王志宏等譯 （2000）。《東方主義》。台北：立緒。

Salzberger, Eli (2006), “Economic Analysis of the Public Domain”, In Bernt Hugenholtz Lucie Guibault (eds.), *The Future of the Public Domain : Identifying the Commons in Information Law* , pp. 27-58.

Samuels, Edward (1993) , The Public Domain in Copyright Law, 41 Journal of Copyright Society 137.

Samuelson, Pamela (1996), The Copyright Grab, WIRED (Feb. 1996) http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html .

________________ (2001) Digital Informatiom, digital Networks and the Public Domain , http://www.law.duke.edu/pd/papers/samuelson.pdf.

________________ (2005), Enriching Discourse on Public Domain, 55 Duke L. J. 783.

Schildt, Joonathan N. (2008), One's Own Speech: First Amendment Protection for the Use of Public Domain Works in Golan v. Gonzales , 58 DePaul L. Rev. 219.

Steuer, Eric (2007/12/17) , *Creative Commons Launches CC+ and CC0 Programs*, http://creativecommons.org/weblog/entry/7920 (last visited 2010/08/11).

Steuer, Eric (2010), Response to ASCAP's deceptive claims, from the website of Creative Commons : http://creativecommons.org/weblog/entry/22643utm_source=ccorg&utm_medium =postbanner (last visited 2010/07/22)

Seville, Catherine (1999), *Literary Copyright Reform in Early Victorian England : The Framing of the 1842 Copyright Act*, Cambridge : Cambridge University Press.

_______________ (2006), *The Internationalisation of Copyright Law : Book, Buccaneers and the Black Flag in Nineteenth Century*, Cambridge : Cambridge University Press.

Stallman, Richard M. (2003), " Free Software Definition", In Johsua Gay (eds.) *Free Software , Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*. Boston, MA, USA : GNU Press. pp. 43-45.

Stern , Simon (2009), "Copyright, Originality, and the Public Domain in Eighteenth-Century England" , *In* In Reginald McGinnis (eds) Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightenment. New York : Routledge. pp. 69-101.

Siva Vaidhyanathan著，陳宜君譯 (2003)，《著作權保護了誰？》。台北：商周。

Swartz, Richard (1992), Wordsworth, Copyright, and the Commodities of Genius, 89 Modern Philogy 482 (1992)

Tebbel, John (1972), *A History of Book Publishing in the United States*, vol., New York: R. R. Bowker Company.

Wagner, R. Polk (2003), Information Wants to be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control, 103 Colum L. Rev. 995.

Waldron, Jeremy (1992), From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841.

Weber, Steven (2004), *The Success of Open Source*, Cambridge, MA, USA : Harvard University Press

Raymond Williams著，劉建基譯（2003）。《關鍵詞：文化與社會的詞彙》。台北：巨流。

Wirten, Eva Hemmungs (2004), *No Trespassing : Authorship, Intellectual Property Rights, and The Boundaries of Globalization*, Toronto, Canada : University of Toronto Press.

Woodmansee, Martha (1984), The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author', 17 Eighteenth-Century Studies 425.

Young, Edward (1759) , Conjectures on Original Composition, Representative Poetry Online, http://rpo.library.utoronto.ca/display/displayprose.cfm?prosenum=16. (last visited 2010/08/01)

Young, Robert著，周素鳳、陳巨擘譯（2006）。《後殖民主義:歷史的導引》。台北：巨流、國立編譯館。

Zemer, Lior (2007), *The Idea of Authorship in Copyright*, Burlington, USA: Ashgate Publishing Company.

Zimmerman, Diane Leenheer (2004), Is There a Right to Have Something to Say - One View of the Public Domain, 73 Fordham L. Rev. 297.

__________________________ (2006), “The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Company : Originality as a Vehicle for Copyright Inclusivity”, In Ginsburg, Jane C. Ginsburg & Dreyfuss, Rochelle Cooper (eds.), *Intellectual Property Stories* , pp.77-108.